28

SESVS, MARIA, IOSEPH.

POR

DON ONOFRE CRVILLAS, Y SANZ DE LA LLOZA.

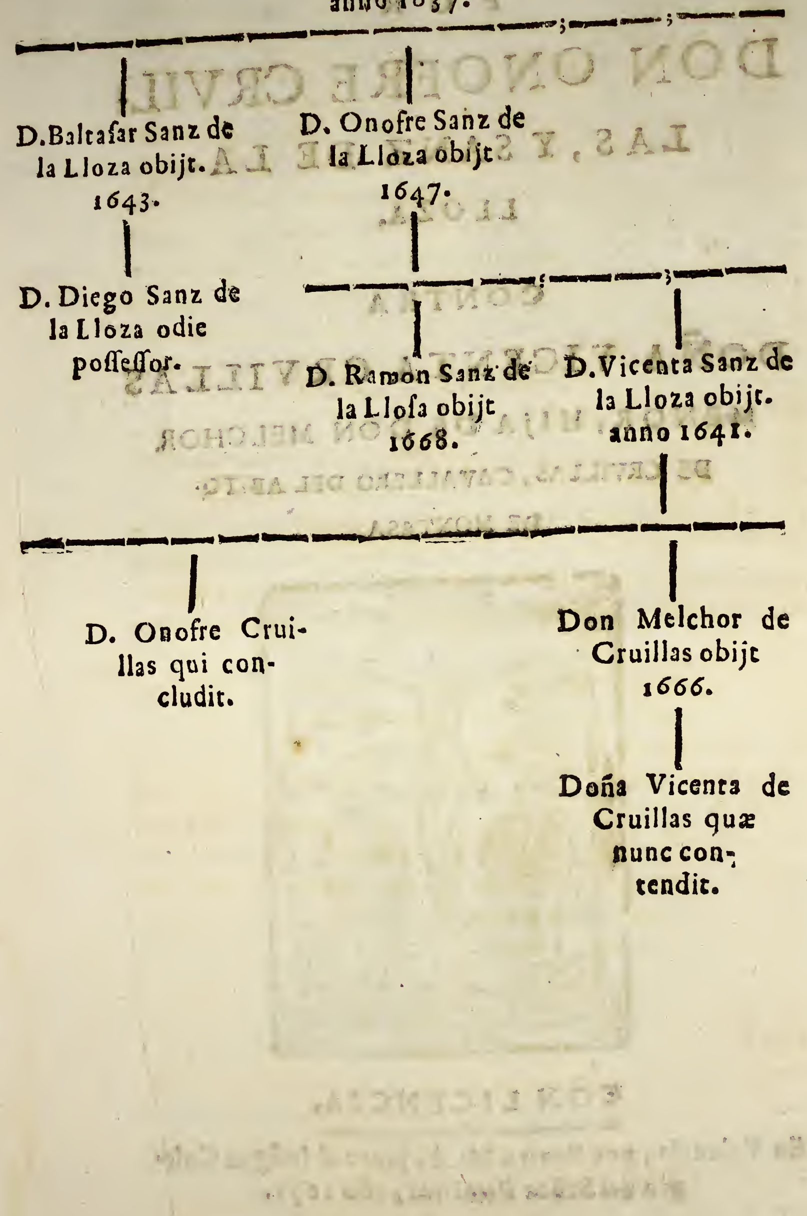
CONTRA

DOÑA VICENTA CRVILLAS MENOR, HIJA DE DON MELCHOR DE CRVILLAS, CAVALLERO DEL ABITO DE MONTESA.



CON LICENCIA,

En Valencia, por Benito Macè, junto al Insigne Colegio del Señor Patriarca, año 1671.


28
D. Ramon San de la Lloza D. D.
R. C. vinculator obijt.
anno 1637.
D. Baltasar Sanz de
la Lloza obijt.
1643.
D. Onofre Sanz de
la Lloza obijt
1647.
D. Diego Sanz de
la Lloza odie
possessor.
D. Ramon Sanz de
la Llosa obijt
1668.
D. Vicenta Sanz de
la Lloza obijt.
anno 1641.
D. Onofre Cruil-
llas qui con-
cludit.
Don Melchor de
Cruillas obijt
1666.
Doña Vicenta de
Cruillas quæ
nunc con-
tendit.

CASO

1 DON Ramon Sanz de la Lloza quondam Dotor del Real Cōsejo en su vltimo testamento que passò ante Pedro Pablo Viciedo Notario en 18. de Otubre del año 1635. instituyò, y fundò vn fideicomisso, y mayorazgo perpetuo electivo, en que en primer lugar hizo heredero à Don Nofre Sanz de la Lloza su hijo, con tal vinculo, y condicion, que si el dicho primer heredero muriesse con hijos legitimos, y naturales, nacidos, y procreados de legitimo matrimonio tuviesse facultad de nombrar à vno de sus hijos varones que el tal quisiesse, assi en el lugar de Guadazequies, como en los demas bienes, y herencia: y porque entonces no tenia el dicho Don Onofre otro hijo que a Don Ramon Sanz, aquel quedò nombrado para despues de los dias de dicho su Padre, si entonces era vivo, de la manera que se hallaria capitulado en los capitulos matrimoniales ibi expressados, y como en dicho testamento se refiere.

2 Y si el dicho Don Ramon Sanz de la Lloza nieto premuriere al dicho Don Onofre Sanz de la Llosa su Padre, con hijos varones de legitimo, y carnal matrimonio, en tal caso tenga facultad de nombrar dicho Don Ramon, à vno de sus hijos varones, y sino tiene mas que vno, quede aquel nombrado, y con el mismo orden de poder nombrar à vno de los hijos varones de varon, como con mas expression se contiene en el dicho testamento, sobre el qual se disputa.

3 Y assi mismo dispuso, que el mismo poder, y facultad de nombrar, tengan los hijos, y decendientes del dicho Don Onofre Sanz de la Lloza: y en su lugar los decendientes del dicho Don Baltasar, que en los casos mas abajo declarados tienen vocacion en la dicha herencia, y mayorazgo; y que el successor en el dicho lugar de Guadazequies, y herencia, sino tuviesse mas que vn hijo varon de varon, ò no huviesse hecho eleccion, teniendo muchos, entonces para el caso referido quede nombrado

el

el hijo mayor varon de varon, de legitimo, y carnal matrimonio: y assi ayan de suceder de vnos en otros, in perpetuum, durando la linea masculina del dicho Don Onofre Sanz, y de sus hijos, y decendientes de aquellos, varones de varones legitimos, y naturales, y de legitimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados sin diminucion alguna. Demanera, que el dicho vinculador declara, que su voluntad es hazer fideicomisso perpetuo, y electivo en la decendencia de Don Nofre Sanz masculina de varon de varon, y en la de Don Baltasar Sanz su hijo.

4 Y continuando la disposicion en el versiculo; *y si per càs*, dispone el dicho testador, que muriendo el dicho Don Nofre sin hijos, ni decendientes varones, de varones, suceda en el lugar de Guadazequies, y herencia Don Baltasar Sanz de la Lloza D. D. R. C. si vivo serà, y sus hijos, y decendientes varones de varones con la misma facultad, y poder de nombrar, y elegir à vno; y en caso de no hazerse la eleccion quede nombrado el hijo mayor en la forma referida.

5 Y concluyendo nuestro testador la disposicion, dize assi: *E faltant tota la linea masculina dels dits mos fills y decendents de aquells legitims, y naturals mascles de mascles com està dit de sus la dita herencia sens detracciò alguna de llegitima Falcidia, quarta Trebellianica, ni altre qualsevol dret, com està dit de sus, vinga, è torne à la filla major del dit Don Nofre Sanz de la Lloza herèu meu primo loco, si viva serà, donantli facultat aixi mateix que puga nomenar aquella à hu dels fills mascles de aquella llegitims, y naturals, com se ha dit de sus, ab que haja de pendre, y fer lo nom dels Sansos de la Lloza, y armes de aquelles, y aixi es seguixca de vns fills ens altres de la dita fila major del dit Don Nofre Sans de la Lloza, y descendents de aquells in perpetuum, guardant tots temps lo orde de poder nomenar entre aquells en lo modo de sus dit sens detracciò alguna de llegitima Falcidia, quarta Trebelianica, ni altre qualsevol dret, y ab la mateixa facultat de poder nomenar com està dit de sus.*

6 Y vltimamente la misma eleccion repite siempre en los llamamientos que se siguen.

7 A dicha disposicion se siguiò, que el dicho Don Ra-

Ramon Sanz vinculador dexò por hijo à Don Nofre Sanz, que casò con Doña Geronima Sanz, del qual matrimonio tuvieron por hijo legitimo à D. Ramon Sanz, por cuya muerte fucediò Don Diego Sanz oy poffehedor del dicho mayorazgo, hijo del quondam Baltafar Sanz nieto del vinculador.

8 Tambien del dicho Don Onofre Sanz huvo vna hija mayor que fe llamò Doña Vicenta Sanz, la qual casò con Don Monferrat de Cruillas, de cuyo matrimonio tuvo dos hijos, Don Melchor de Cruillas hijo mayor, de quien es hija Doña Vicenta Cruillas parte otra, y Don Onofre Cruillas mi parte; y en el hecho ha fucedido, que la dicha Doña Vicenta Sanz muriò, viviendo el dicho Don Ramon, y el dicho Don Diego, que oy poffee: y afsi mifmo muriò Don Melchor de Cruillas hijo mayor de la dicha Doña Vicenta, quedando vna nieta llamada Doña Vicenta Cruillas parte otra.

9 Supuefto efte hecho: El pleyto confifte, quien ha de tener prelacion fegun la dicha difpoficion, ò la dicha Doña Vicenta por fer hija del dicho Don Melchor hijo mayor de la dicha Doña Vicente Sanz. O Don Onofre Cruillas hermano de aquel fi fobreviviere al tiempo de deferirfe la fuccefsion defte mayorazgo.

10 En efta allegacion fe provarà, que el dicho Don Onofre Cruillas, y Sanz deve excluir, y excluye à la dicha Doña Vicenta Cruillas fu fobrina. Y para hazer evidencia de lo dicho dividirè efte papel en tres partes. En la primera propondrè los argumentos adverfarios. En la fegunda esforçarè los argumentos de mi parte, y fundamentos juridicos en que funda fu vocacion. Y en la tercera darè fatisfacion à los argumentos adverfarios.

PARTE I.

EN QVE SE PROPONEN LOS ARGVmentos de la parte otra.

ARGVMENTO I.

11 EL primer fundamento en que la parte de Doña Vicenta apoya fu pretenfion, es en que feria

ria

ria hija primogenita de Don Melchor Cruillas, hijo tambien primogenito de la dicha Doña Vicenta Sanz, y de Cruillas, (que es de quien habla nuestro testador en la clausula referida en donde empieçan los llamamientos de los cognados, y mayorazgo regular, ibi: *Y faltando toda la linea masculina venga la dicha herencia à la hija mayor del dicho Don Onofre Sanz, que entonces era la dicha Doña Vicenta, dandole facultad assi mismo si fuera viva que pueda nombrar aquella à vno de sus hijos varones legitimos, y naturales como se ha dicho, con tal que aya de tomar nombre, y armas de Sanz de la Lloza, y assi se sigue de vnos hijos en otros de la hija mayor del dicho Don Onofre, y decendientes de aquellos in perpetuum, guardando todo tiempo el orden de poder nombrar entre aquellos en el modo susodicho.*

12 Y el mismo testador en las clausulas antecedentes à que se infiere en esta, dispuso, que en caso de aver muchos hijos, y no se huviera hecho eleccion quede elegido, y nombrado el hijo mayor, con que como vna parte de testamento declara otra, *l. qui filiabus*, *l. si servus plurium*, §. *vlti. de legat. 1. l. quæsitum*, §. *Papinianus quoque ff. de fundo instructo*, *l. si frater*, *l. quamvis*, *C. de fidei.* Mantic. *de coniect. vlti. volunt. lib. 6. tit. 13. nu. 5.* Castill. Sotom. *quotid. controver. lib. 2. cap. 4. num. 11.* Es visto lo mismo aver dispuesto en la dicha clausula, y grado en que està llamada la hija mayor del vinculador, y sus hijos, y decendientes en la forma dicha.

13 Con que aviendo premuerto la dicha Doña Vicenta; y por consiguiente no aviendo podido hazer la dicha eleccion, parece que el dicho Don Melchor tuvo el drecho saltem in spè, que tuviera si viviera, y por consiguiente sus hijos, y decendientes segun el orden de primogenitura, porque como dize Pichardo, *in rubrica institutionum de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur*, §. *3. num. 26. ius primogenituræ non solum consistit in primogenito, sed in tota linea primogeniti*; al qual sigue Rojas, *de incompatibilitate Regnor. & maioratum, par. 1. cap. 6. num. 153.* y en el siguiente prosigue muy al intento: *Observandum itaque quod linea primogenituræ est illa quam sibi constituit, & suis descendentibus, quilibet primogenitus*

statim

ſtatim quod natus eſt, ſive primæva eius nativitate in exclusſionem ſecundogeniti, licet præcedat in vita poſſeſſoris, vel ante, vel poſt inſtitutionem maioratus.

14 La qual dotrina confirma Don Iuan Bautiſta Larrea en la deciſsion 8.*num.*47.*tom.* 1. con eſtas palabras *quod vt plene in hac ſpecie cognoſcatur animadvertendum eſt ad maioratus conſtitutionem duplicem ſucceſſionem, & lineam; aliam ſucceſſorum actualium, qui in poſſeſsione ſunt alteram vero habitualium, quam conſtituunt primogeniti ſibi, & ſucceſſoribus ſuis in aliorum deffectum;* vt magiſtralitèr docet Caſtrenſ. *lib.*2.*cap.*164.*per totum,* & ſequitur Molin.*de Hiſpan. primog. lib.*3.*cap.*6.*nu.* 29. *cum ſeqq.quos,* & alios ſequitur Caſtill.Sotom.*lib.*3.*controv. cap.*19.*num.*188. Marius Guiurb. *de ſucceſſ. feudi inter aſcendentes, & deſcendentes,* §. 2.*gloſ.* 6. *à num.* 13. Con otros muchos los quales cita Rojas, *dict.p.*1. *cap.*6. §.*ferè per totum.*

15 Atqui ſi al tiempo de la muerte de Don Diego Sanz ſin hijos varones, (vltimo agnado) viviera la quondam Doña Vicenta Sanz hija de Don Onofre ſucediera aquella, y ſi aquella muriera ſin elegir, ò premuriera ſobreviviendole Don Melchor Cruillas hijo mayor, eſte ſucediera, y ſucceſsivamente Doña Vicenta ſu hija mayor.

16 Luego lo miſmo ſe ha de diſcurrir en el caſo en que oy nos hallamos, que viviendo Don Ramon Sanz, y Don Diego Sanz vltimos ſucceſſores, y poſſehedores de dicho mayorazgo, y por conſiguiente antes de venir el caſo, y llamamiento de la dicha Doña Vicenta Sanz eſta premuriò à los referidos, y tambien Don Melchor de Cruillas ſu hijo primogenito, padre de la dicha Doña Vicenta Cruilles que oy pretende por ſer todos de la linea habitual, la qual primero ſe deve evacuar, que la ſucceſsion paſſe à otros *ex tex. in cap. vnico de natura ſucceſionis feudi,* ibi. *Reſpondeo ad ſolos, & ad omnes qui ex illa linea ſunt ex qua iſte fuit, & ibi: ſed omnibus ex hac linea deſſicientibus omnes aliæ lineæ æqualitèr vocantur.* Molin.*de Hiſpan.primog. lib.*1.*cap.*3.*num.*12.*lib.*3. *cap.*4.*num.*14.*& cap.*6.*num.*13.*cum ſeqq.* vbi eius additionatores Gratian. *cap.*493.*num.*26.*tom.*3. Caſtill.*cum pluribus,*

bus, lib.3.cap.15.num.53.& lib.5.cap.91.num. 62. cap. 92.num.35.& cap.93.num.3.cum seqq. Fusar. *de substitutionibus, quæst.484.num.34.* Fontanell.*decis. 34. nu. 5. & 6. & 13. & decis. 35.num.1.& 7. tom.1.* Robres, *de representat.lib.3.cap.4.num.9.* Ant. Bellon.*cons.72.num. 39.& 40.* Larrea, *decis.34.num.1.tom. 2.* Merlin. *decis. Rotæ Rom.120.num.14. tom. 2.* el excelentissimo Señor Vicecanceller Crespì, *obser. 22.num.147.& aliis tom. 1.* & novissimè cum alijs pluribus Rojas, *de incompatibilitate Regnor.& maiorat.d.p.1. cap.6. num.157.*

ARGVMENTO II.

17 NO solo la dicha Doña Vicenta Cruillas tiene la prerrogativa de la linea habitual, y por consiguiente la presumpta voluntad del testador que quiso conformarse con el dicho comun, y costumbre de suceder en los mayorazgos en España; sino tambien la voluntad expressa, y literal del dicho Don Ramon Sanz de la Lloza, el qual en la dicha clausula en que todos pretenden tener la vocacion, (faltando toda la linea masculina de sus hijos, y decendientes varones por linea masculina, dispuso, que sus bienes, y herencia pertenecieссen à la hija mayor de Don Nofre Sanz de la Llosa, que entonces ya nacida era la dicha Doña Vicenta Madre, y Abuela respectivè de los collitigantes si se hallaria viva, dandole facultad de nombrar, y elegir à vno de sus hijos varones legitimos, y naturales con obligacion de tomar nombre, y armas; y que assi se siguiera de vnos hijos en otros de la dicha hija mayor del dicho Don Onofre Sanz de la Lloza, y decendientes de aquella in perpetuum, guardando todo tiempo el orden de poder nombrar entre aquellos, y assi se siga de vnos hijos en otros de la hija mayor de dicho Don Onofre Sanz, y decendientes de aquella, in perpetuum, guardando todo tiempo orden de poder nombrar entre aquellos en el modo dicho, sin detraccion, &c. Y con la misma facultad de poder nombrar como se ha dicho arriba.)

18 En las quales palabras tienen vocacion expressa todas las nietas de la dicha Doña Vicenta Sanz, porque la

la palabra *descendentes* es comun, tam fœminis, quam masculis, y à todos comprehende, *l. liberorum 220. de verbor. signific. l. duodecim, §. huiusmodi, l. fin. in principio, C. de legitimis heredibus, l. fin. C. de suis, & legitimis*, Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt.* 84. *num.* 26. Mantic. *de coniecturis vltimarum volunt. lib.* 8. *tit.* 11. *num.* 1. *& seqq.* Peregr. *de fideicom. art.* 20. *num.* 8. *& seqq.* Fusar. *de fideicommissaria substit. quæst.* 325. *nu.* 1. *& seqq.* y por consiguiente en la referida clausula, no solo tienen vocacion los hijos de la quondam Doña Vicenta Sanz hija de Don Onofre Sanz; sino tambien los decendientes de aquellos en que se comprehende la dicha Doña Vicenta Cruillas.

19 A que se acarece, que el dicho vinculador en aquellas palabras: *Venga à la hija mayor, dandole facultad assimesmo de poder nombrar à vno de sus hijos varones legitimos, y naturales, y que assi se siga de vnos hijos en otros de la dicha hija mayor, y decendientes de aquella;* no induzen necessidad, sino consejo, poder, y facultad de hazerlo; *quia verbum potest sui natura volūtatis est, & non necessitatis, & sic ex propria significatione denotat potentiam, facultatem, & libertatem aliquid faciendi; non autem obligationem, siue necessitatem, l. sæpè de officio præsidis, l. non quidquid de iudicijs, l. 1. C. quomodo, & quando iudex, &c.* Gloss. *in cap. 1. de regul. iuris in 6.* Bart. *in l. Gallus in principio, nu. 4. de liberis, & posthum.* Castill. Sotom. *quotid. controv. tom. 6. cap.* 114. *num.* 14.

20 Luego en caso de no aver podido la dicha Doña Vicenta vsar de la dicha facultad, libertad, y permiso por aver premuerto à Don Ramon Sanz; y por consiguiente no aver vivido tempore delati fideicommissi, se deve proceder en dicha succession, y mayorazgo, en la forma que sino huviera la dicha facultad de elegir: y en esse caso es indubitado, que sucederia la dicha Doña Vicenta Cruillas por hallarse en la linea primogenita, como se ha ponderado en el primer argumento: y en mayorazgos electivos no hecha la eleccion, sucede el hijo mayor, como dize Grabiel, *cons.* 85. *nu.* 7. *volum.* 2. al qual, y otros sigue Tondut. *quæst. & resol. civil. lib.* 2. *cap.* 51. *num.* 9. *&* 10. y assi muerta la dicha Doña Vicenta Sanz

sin elegir, el drecho de suceder se adquiriò para Don Melchor Cruillas su hijo primogenito, y muerto este, à su hija mayor: Luego con toda certeza quien tiene vocacion faltando todos los dichos agnados, y la linea masculina, es la dicha Doña Vicenta Cruillas hija mayor del dicho primogenito.

ARGVMENTO III.

21 A Mas de los referidos fundamentos se añade, que en nombre de hijos se comprehenden los nietos, como pruevan los textos *in l. filij appellatione 84. l. liberorum 220. §. sed, & Papirius, §. præter de verb. significat.* Con otros muchos Fusar. *quæst.* 319. Cassanat. Peregr. Sessè, Fontanell. y otros muchos que refiere Castill. Sotom. *quotid. controv. lib. 5. cap. 66. à nu. 34.* atqui, nuestro vinculador dispuso, que la dicha Doña Vicenta tuviesse facultad de elegir vno de sus hijos, y segun las clausulas antecedentes en caso de no averlo, suceda el hijo mayor: Luego este deve ser la dicha Doña Vicenta Cruillas, hija del hijo primogenito, y por consiguiente en quien se verifica el ser de la linea del primogenito; y como se ha dicho: *Donech supersit aliquis de linea primogeniti sequentes non admittuntur,* como siente Molin. *de Hispaniar. primog. lib. 1. cap. 38. num. 6. vers. ipse vero.*

PARTE II.

EN QVE SE PROPONEN LOS FVNDAmentos que asisten à Don Onofre Cruillas, y Sanz mi parte.

FVNDAMENTO I.

FVNDADO EN LA MISMA PRERROgativa de la linea.

22 PARA entrar en la consideracion de las razones juridicas que asisten à mi parte, es preciso

so suponer, que nuestro vinculador en las primeras vocaciones llamò à su hijo Don Onofre Sanz con la dicha eleccion; y por quanto entonces no tenia el dicho Don Onofre otro hijo que Don Ramon Sanz, nombrò aquel; y premuriendo al dicho Don Onofre, le diò la dicha facultad de nombrar vno de sus hijos, varon de varon. Y lo mismo dispuso respeto de los decendientes de aquel de legitimo, y carnal matrimonio nacidos, y procreados. Y en orden à D. Baltasar Sanz su segundo hijo, hijos, y decendientes de aquel varones de varones; como mas largamente se contiene en dicha institucion.

23 Y faltando la linea masculina, entra la clausula de la controversia, y disputa; con que es cierto, y indubitado, que el dicho testador instituyò para la succession de dicho mayorazgo electivo dos generos de lineas, la vna masculina, y la otra femenina, vt in simili casu sintiò Menoch. *cons.* 957. *nu.* 8. de las quales la masculina empeçò por dicho Don Onofre, y se continuò en sus hijos varones; y demàs hijos del vinculador, por lo qual dicitur Masculina, Cravet. *cons.* 656. Castill. Sotom. *quotid. contro. lib.* 5. *cap.* 93. *num.* 36. Rojas, *de incompatib. Regnor. & maiorat. part.* 1. *cap.* 6. §. 23. la otra femenina que empieza por la hija mayor del fundador, la qual tiene lugar finita linea masculina ex masculis, el mismo Rojas, *d. par. & cap.* §. 24. *num.* 352.

24 De las quales lineas las primeras en que estàn llamados los hijos, y decendientes varones de varones del vinculador, es cierto, que fueron de agnacion rigurosa electiva, como explica Molin. *de Hispaniar. primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 3. & additionatores Castill. Sotom. *lib.* 5. *cap.* 92. *à num.* 4. *vsque ad* 13. *& cap.* 133. *num.* 14. *& num.* 18. Peres de Lara, *de vita hominum, cap.* 30. *à num.* 94.

25 La qual linea es de limitada agnacion, *quando non simpliciter, & absolutè causa conservandæ agnationis in perpetuum inter omnes successores institutus fuit maioratus; sed limitata fuit vocatio agnatorum, & cohartata ad certas personas, vel lineas, vel gradus, vel ad certum tempus arg. text. in l. fin.* §. *seyo, de legat.* 2. *l. quæ conditio de conditionibus, & demõstrationibus,* ibi: *Atque conditio*

ad

ad certas personas accomodata fuerit, eam referre debemus ad eum dũtaxat gradum, quo hæ personæ cõstitutæ fuerunt, l. filius à Patre, § si quis ex certa l. placet de liberis, & posthum, l. si vero §. de viro soluto matrimonio, l. 3. de legat. præstandis; & l. fin. C. de verbor. significat. Bald. *cons.* 40. *num.* 1. *lib.* 3. Oldrad. *cons.* 21. Gozadin. *cons.* 59. *num.* 4. Paul. Paris. *cons.* 44. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *nu.* 18. Surd. *cons.* 316. *num.* 13. & *cons.* 475. *num.* 14. & *decis.* 66. *num.* 21. Casanat. *cons.* 4. *ex num.* 217. Menoch. *cons.* 232. *num.* 24. & *cons.* 243. *num.* 52. *lib.* 3. Hypolit. Riminald. *cons.* 224. *num.* 27. *lib.* 2. Avendaño, *in l.* 40. *Tauri, gloss.* 9. *num.* 21.

26 Ita etiam D. Perez de Lara, *in compend. vitæ hominis, cap.* 30. *num.* 85. *Vers. nec erit absurdum, nec mirandum, quod in aliquibus lineis, gradibus, & personis sit maioratus agnationis, & in alijs regularis.* Molinus, *de Ritu nuptiarum lib.* 3. *quæst.* 24. *à num.* 77. & *à num.* 133. cum pluribus sequentibus Simon de Præt. *cons.* 47. *num.* 27. & *cons.* 90. *num.* 29. D. Ioan. à Castill. *lib.* 5. *cap.* 92. *à nu.* 4. *usque ad num.* 13. Vincent. Fusar. *quæst.* 385. *à nu.* 21. & *quæst.* 449. *à num.* 23. & 24. Marius Guiurba, *decis.* 32. Alex. Ludovis. *decis.* 33. *num.* 13. additionat. ad D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 37. & *lib.* 3. *cap.* 1. *super nu.* 18. *usque* 25. & *super num.* 50. Valenz. *cons.* 97. *nu.* 57. *cons.* 173. *num.* 8. Larrea, *decis.* 53. *num.* 27. & *seqq.* Vela, *dissertat.* 49. *num.* 69. Rojas, *de incompatibilitate Regnorum, & maioratuu, par.* 1. *cap.* 6. §. 21. *num.* 307.

27 Con que nuestro mayorazgo en las primeras lineas que empeçaron por Don Onofre Sanz, y Don Baltasar Sanz era de rigurosa agnacion electiva; pero restringida, y limitada à las dichas lineas. Y luego en la clausula: *Y faltant, &c.* Ya no lo es, porque empieça la vocacion de la hembra. Hecho este supuesto empeçarèmos à correr los fundamentos de mi parte.

28 El primero es, que ay diferentes lineas en los mayorazgos, vna que se dize de sustancia, y otra de qualidad, las quales entre si se distinguen, como explica Bald. *in cons.* 339. *num.* 13. *lib.* 3. y Pedro Ancarran. *cons.* 95. *num.* 10. à los quales sigue Rojas, *de incompatibilitate Regnor. & maiorat. part.* 1. *cap.* 6. §. 20. *num.* 299. de que

se

se colige, que la linea de sustancia es aquella en la qual naturalmente se comprehenden los ascendientes, descendientes, y transversales, absque distinctione marium, & fœminarum, concessa inter eos prælatione attenta, linea, gradu, sexu, & ætate.

29 Y assi la linea de sustancia tan solamente se dà en el mayorazgo regular, en donde el vinculador no desea calidad alguna; sino que se quiso conformar con el drecho comun, y observancia de suceder en los Reynos de España, *ad hoc vt successio in primis per lineam substantiæ deferatur.* Molin. *de Hispaniar. primog. lib.3. cap. 4. num.* 13. 14. *&* 15. *& cap.6. num.* 29. Menoch. *cons.* 205. *num.* 8. Castill. Sotom. *cap.* 91. *num.* 62. *& cap.* 92. *num.* 35. *&* 93. *num.* 11. 12. *&* 13. Ant. de Amatis, *resol.* 1. *num.* 32. *&* 52. Fusar. *de substitutio. quæst.* 346. *num.* 1. y otros que alegan los Addicionadores ad Molin. *d. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 13. 14. *&* 15. qui omnes intelligi præcissè debent, que hablan de la linea de sustancia, como dize Rojas en el lugar citado *num.* 300. a los quales añade Cevallos, *tom.* 4. *quæst.* 905. *num.* 187. *& seqq.*

30 La linea de calidad es aquella que se compone de aquellas personas, en las quales concurren calidades naturales, ò accidentales; *quales institutor maioratus desiderat, vel vti, si vellit quod successores sint agnati, vel simpliciter masculi, vel fæminæ, vel nobiles puri sanguinis, vel Doctores, vel Licenciati, vel Cives alicuius Civitatis, vel alterius cuiusque conditionis, vel status*, Zevallos, *d. tom.* 4. *quæst.* 905. *num.* 187. 188. *&* 189. à quien sigue Rojas en el dicho §. 20. *num.* 301.

31 En la misma conformidad, ay otro genero de linea, que se llama de eleccion, seu electiva, la qual assi como la de calidad se compone de las personas en quien concurren las calidades à que atendiò el testador, como se ha dicho; assi esta se compone ex his personis eligibilibus, sive electis ab eo qui comitionem, facultatem, seu potestatem habet eligendi successorem, qui in maioratu succedere possit, ita Rojas, *d. par.* 1. *cap.* 6. §. 25. *num.* 356. ibi: *Linea electionis componitur ex his personis electis ab eo, qui commitionem, facultatem, seu potestatem habet eligendi successorem, qui in maioratu succedere possit.*

32 Y de la misma manera que quando el testador dispone, y haze vn mayorazgo en que tienen vocacion las lineas de calidad no se atiende à los que estàn en la linea substantiæ, sino que se busca la persona de calidad aunque estè en otra linea de la que entroncò la succession, Castill. Sotom. *tom. 5. contro. cap. 92. num.* 52. Cevallos, Valenz. Perez de Lara, Paz de Tenuta, y otros, los quales sigue Larrea, *decis. Granaten. tom. 2. decis.* 54. *num.* 20. *& seqq.* ibi: *Et lineam qualificatam præferendam esse naturali quando ad illam voluit disponens redire maioratum*; Fontanell. Cutell. & alij quos sequitur Carena, *resol.* 128. *num.* 3. Y aunque se passe de vna linea à otra buscando la persona que tiene la dicha calidad, non ideo contravenitur prærrogativæ lineæ, sed potius ipsa servatur, Castill. *d. lib.* 5. *cap.* 91. *num.* 75.

33 Assi mismo para la succession del mayorazgo electivo no se ha de atender la persona que està absolutamente en la linea habitual, ò de primogenitura, sino à las personas de las quales se deve hazer la eleccion, y assi muy al intento Rojas, *d.* §. 25. *num.* 357. dize assi: *Commissarius autem ad vnguem debet observare conditiones, & qualitates facultatis sibi concessæ ad eligendum, seu nominandum successorem, & non excedere commitionis fines; quia si excedit non erit de linea effectiva, l. si filius familias* 114. §. *cum pater.* 15. *de legat.* 1. ibi: *Verum esse non paruisse voluntati defuncti filium, l. diligenter* 5. *ff. mandati, l. sed, & si* 10. *ad Senatus consult. Trebell.*

34 Atqui, segun la dicha voluntad del testador las personas de la linea electiva eran en primer lugar los hijos de la dicha Doña Vicenta Sanz, y en virtud de dichas palabras; *pueda nombrar vno de sus hijos varones*, estos tienen vocacion: luego solo mi parte es la que tiene drecho de suceder en su casa, y lugar por ser hijo varon de aquella.

35 La menor se prueva en la parte que los dichos dos hijos varones en quien recahia la eleccion tenian vocacion, y llamamiento en el dicho fideicomisso perpetuo, ò mayorazgo del *tex. in l. fideicommissa* 11. §. *hac verba de legat.* 3. en donde el Iurisconsulto Vlpiano dize assi: *Hæc verba te fili Rogo, vt prædia, quæ ad me*

per-

pervenerint pro tua diligentia diligas, & curam eorum agas, vt possint ad filios tuos pervenire; licet non satis exprimant fideicommissum, sed magis consilium, quam necessitatis relinquendi; tamen ea prædia in nepotibus post mortem Patris eorum vim fideicommissi videntur continere.

36 Del qual texto infieren comunmente los Dotores, que las dichas palabras puestas en la dicha clausula *pueda nombrar à vno de sus hijos varones*; important fideicommissum, como notò Bart. ibidem, y el mismo Bart. en la *l. Gallus in principio num. 4. de liberis, & posthum.* vbi etiam Iason, *num. 27. vers. tertia conclusio*, Castill. Sotom. *quotid. contro. tom. 6. cap. 114. nu. 29. & seqq.* Y en terminos mas apretados se halla declarado en la sentẽcia que se refiere inferiùs sobre el lugar de carcel. Lo mismo prueva el *tex. in l. vtrum 7. §. cum quidam de rebus dubijs* his verbis: *Cum quidam pluribus hæredibus institutis vnius fideicommisisset, vt cum mereretur vni ex cohæredibus cui ipse vellet restitueret eam partem hæreditatis, quæ ad eum pervenisset: verissimum est vtile esse fideicommissum, nec enim in arbitrio eius, qui rogatus est positum est, an omnino vellet restituere, sed cui potius restituat.* Assi tambien fue decidido en la Real sentencia publicada por Vicente Ferrera, Cavallero Escrivano de mandamiento en 17. de Octubre 1647. en que se declarò, que el verbum *possit* puesto en el testamento de Narciso Albiol, induzia necessidad, y obrava fideicomisso, ibi: *Clarè liquet de existentia fideicommissi relicti per dictum Narcissum in favorem dicti Antonij Iacobi natu maioris*, dando la razon de esto, ibi: *Cum verba illa testamenti dicti Narcissi nempè quod moriente dicto Iacobo Antonio maiore, primo loco instituto cum filijs masculis possit inter eos disponere, inducant necessitatem, & electivum fideicommissum, in favorem filiorum masculorum*; en el qual punto por ser frequentemente discurrido, y decidido à nuestro favor no me detengo mas.

37 La menor en la otra parte, que segun la voluntad del vinculador, las personas de la linea electiva eran, en primer lugar los hijos propriè de Doña Vicenta Sanz; se prueva, porque muriendo la dicha Doña Vicenta Sanz

des-

despues de aver sucedido; y no disponiendose otra cosa por el testador, como se dispuso, que sucediera vno solo. Si aquella huviera muerto sin elegir, los dos hijos Don Melchor, y Don Onofre tan solamente en quienes estava la facultad de elegir se admitieran igualmente à los bienes del fideicomisso electivo, como prueva el Iurisconsulto Vlpiano en la *l. cum quidam* 24. *de legat.* 2. ibi: *Idem ait si neminem eligat omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri*; y el Iurisconsulto Papiniano, *in l. vnum ex familia* 67. §. *Rogo* 7. *ff. eodem titulo*, ibi: *Defuncto illo prius quam eligat petent omnes*; y el Iurisconsulto Marcelo *in l. si quis Titio* 17. §. *si hæres primo eodem tit. de legat.* 2. ibi: *Si hæres damnatus esset decem vni ex libertis dare, & non constituerit cui daret, hæres omnibus eadem decem præstare cogendus est*; y el Iurisconsulto Pomponio, *in l. labeo* 21. §. 1. *de statu liberis*, ibi: *Si ita sit fideicommissum relictum, cui eorum voles rogo restituas, si nullum eligisset cui restitueret: Omnibus deberi Imperatorem Antonium constituisse.* Fontanell. *de pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 9. *par.* 5. *num.* 11.

38 De donde se infiere, que si sobreviviera en tiempo abil de suceder la dicha Doña Vicenta Sanz, y sus hijos varones Don Melchor Cruillas hijo mayor, y Don Nofre mi parte; solo pudiera elegir vno de los dos hijos, como prueva el Iurisconsulto Papiniano, *in l. hæredes mei* 57. §. *peto fiv. ad Senat. Consult. Trebell.* En donde vn marido instituida su muger le pidiò, que quando muriera restituyera su herencia *filijs suis, vel vni eorum, vel nepotibus meis, vel cui voluerit, vel cognatis meis*, y responde el Iurisconsulto *inter filios substitutionem fideicommissariam factam videri: circa nepotes, & cæteros cognatos facultatem eligendi datam.*

39 Y concluye, que de los demas cognados si huviere nietos *non rectè mulierem electuram propter gradus fideicommisso præscriptos*: El qual texto entiende Paul. Castrens. proponiendo, que huvo dos questiones, la primera es, si la muger que fue gravada à restituir à sus hijos, ò à vno de ellos; podia escoger à vno, y elegir à los otros, suponiendo, que la eleccion no podia ser sino de los

los hijos; *quia inter illos substitutio fideicommissaria facta videtur.* La segunda question es si porque el testador rogò restituir *nepotibus, vel cui ex his voluerit, vel cognatis, vel cui voluerit* podria elegir à vno de los cognados, *cum extent nepotes primo nominati*; y responde el Iurisconsulto que nò; y dà la razon Paul. de Castro, *quia sicut primo loco nepotes fuerunt nominati, ita, & primo de illis est facienda electio*: Con que se prueva, q̃ la eleccion en el primer caso devia ser de los hijos del testador precisamente, y en el segundo de los nietos por estar nombrados.

40 Y lo confirma el Iurisconsulto Papiniano, *in l. cum pater 77. §. à te peto 32. de legat. 2.* ibi: *A tè peto maritè si quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris, tuis, sive meis propinquis, aut etiam libertis nostris; non esse datam electionem, sed ordinem scripturæ factum substitutione respondi*; la misma dotrina confirma Castill. Sotom. *quotid. contro. lib. 2. cap. 24. num.* 34. en donde explicando la clausula; *en vno de los hijos, ò hijas que de el quedaren qual èl quisiere*, siente que segun la presumta volũtad del testador se ha de declarar, que si el testador tuviera muchos hijos varones (aunque siendo la disposicion mayorazgo de iure primogenito deberetur) puede escoger el q̃ quisiere, eligiendo el menor, dexando el mayor, y lo mismo respeto de las hijas: y prosigue; *& sic multũ operatur electio in dicta clausula data; ita tamen, vt semper videatur concessa inter personas vniuscuiusque gradus, vt scilicet inter filios masculos, quem voluerit, & inter filias fæminas etiam, quam voluerit eligere possit: non vero quod à gradu filiorum, & exclusa eo transire possit ad gradum filiarum contra tex. in l. hæredes mei 57. §. fin. ad S.C. Trebell.*

41 Y aunque en el nu. 57. refiere la opinion de Molin. *de Hispan. primog. lib. 2. cap. 5. num. 4.* el qual siente, que la persona *cui libera electio à maioratus institutore relicta est, vt inter filios, & filias quem vellit ad maioratus successionem eligat*, puede escoger la hija dexados los hijos mayores fundandolo en la *l. vnum ex familia, §. si Falcidia de legat. 2.* ibi: *Eodem vel dispari gradu.* Con todo aunque esta opinion fuera verdadera (que no lo es

 segun

segun sentir de Castillo) esto no quita que la eleccion se aya de hazer entre las personas de vn mismo grado, y que estàn nombradas primero, y en vna misma vnidad de palabras, como mas largamente se provarà en los fundamentos que se siguen.

42 Ni obsta el texto en la *l. vnum ex familia 67. §. itaque de legat. 2.* en aquellas palabras *eodem, vel dispari gradu*, porque el Iurisconsulto habla en el legado dexado à la familia; y como *verbum familia sit collectivum personarum existentium in diversis gradibus, l. vltim. de verbor. significat. electio etiam est generalis, l. generaliter de legatis 1.* y assi basta, que el heredero elija à qualquier de la familia *in eodem, vel dispari gradu existentem*, ita Castill. *d. lib. 2. cap. 26. num. 64.* y prosigue: *Secus tamen esse quando electio fuit per dinumerationem certorum graduum, vel personarum certo ordine servato, tunc enim ordo scripturæ, ac dinumerationis graduum servandus erit*, por el texto *in l. hæredes mei 57. §. fin. ad Trebell.* y la *l. cum pater 77. §. à te peto de legat. 2.*

43 Y la misma inteligencia tienen los textos *in l. filius familias 144. §. cum pater de legat. 1. l. cum quidam 24. de legat. 2. l. vtrum 8. §. cum quidam rebus dubijs, l. fœmina, C. de secundis nuptijs*, los quales cita Rojas, *de incompatibilitate Regnor. & maiorat. par. 1. cap. 6. §. 25. num. 358.*

44 En donde dà la referida inteligencia à estos textos, ibi: *Ad vero si non cohartatam, imo liberam habeat, & amplam facultatem eligendi, seu nominandi, poterit eligere eum de familia, quem voluerit etiam remotiorem, absque eo quod teneatur eligere proximiorem*; y cita à Paul. de Castro, Dec. Padill. Sarmient. Peralta, Mantic. Gutierrez, Cevall. Paz, y otros, y assi Paz de Tenuta, *cap. 34. num. 108.* dize, que quando à testatore est data facultas eligendi ex filijs, vel filiabus, se puede elegir la hija dexando el hijo, porque no se ofende la linea ni el grado, y en el num. 124. prosigue assi: *Sexto, quia, & si facultas data sit eligendi vnum ex filijs, vel nepotibus, adhuc defenderem, extante filio non posse à commissario nepotem eligi iuxta iura expressa in l. cum pater, §. à te peto de legat. 2. & l. hæredes mei, §. vltimo ad Trebell.*

45 De

45 De donde se infiere esta consequencia : luego si Doña Vicenta huviera vivido tempore habili, de elegir devia hazer eleccion, y nombramiento en virtud de la clausula referida, ibi : *Y faltando toda la linea masculina, &c.* de vno de sus dos hijos varones respeto de cada vno de los quales ay llamamiento condicional, videlicet si à matre fuerit electus, como explica Paz de Tenuta *cap.* 34. *num.* 110. *vers. & hanc opinionem in medio*, como mas latamente se ponderarà aunque con otros visos en el fundamento 5. con los autores que en terminos de nuestro caso hablan contra los nietos: luego muerta la dicha Doña Vicenta Sanz antes de poder elegir, como muriò, y aviendo premuerto Don Melchor hijo mayor, si tempore delati fideicommissi, se halla Don Onofre, este solo ha de suceder, porque en èl solo concurren las dichas dos calidades de hijo de Doña Vicenta Sanz, y de varon ; las quales no pueden verificarse en dicha Doña Vicenta, porque ni es hija propriè in primo gradu, ni varon.

FVNDAMENTO II.

FVNDADO EN LA SOBREVIVENCIA de Don Onofre hijo de Doña Vicenta Sanz. Tempore delatæ fideicommissi.

46 LA segunda raçon, y apoyo juridico que haze mas evidente el drecho de mi parte, y excluye la pretension adversaria, es que aviendo muerto el dicho Don Melchor Cruillas hijo mayor de Doña Vicenta Sanz, y Padre de Doña Vicenta Cruillas antes que la dicha Doña Vicenta huviesse sucedido, y de estar en tiempo abil para elegir, si esta despues sobreviviera solo podia elegir, y nombrar al dicho Don Onofre mi parte por successor en dicho mayorazgo; por hallarse sobreviviente. Luego muriendo sin elegir, este solo tiene drecho de suceder, como se hà ponderado.

47 El antecedente se prueva por Vlpiano *in l. cum quidam 24. de legat.* 2. ibi : *Planè si cæteri defuncti sint, superstiti dandum, vel hæredi eius, si prius quam peteret decessit: & ibi; nisi forte antequam iustum tempus prætereat,*

quo

quo potuit eligere, cui potius oferat, cæteri decesserint, l. cum pater 77. §. hæreditatem 4. legat. 2. ibi: *Viriles autem inter eos fieri, qui in eo tempore vixerint, cum de alijs eligendi potestas non fuerit.* Paul. de Castro *in l. 57. §. fin. ad Trebell,* en donde dize, que la substitucion se entiende hecha inter filios, hoc modo, vt omnibus restituat, si todos sobrevivieren, pero si vno solo sobreviviera entonces solo tiene lugar el superexistente, y sobreviviente; lo mismo con toda expression prueva el text. *in l. vnum ex familia 67. §. Rogo 7. de legat. 2.* ibi: *Et ita demum petere possit vnus, si solus moriente eo superfuit.* Lo mismo prueva el Iurisconsulto Cevola *in l. Pater filium 38. §. filium 2. de legat. 3.* ibi: *Ad eum, qui ex vernis superesset virilem partem pertinere.*

48 Castill. Sotom. *lib. 2. quotid. cap. 26. num. 54.* Peralta *in l. vnum ex familia, §. Rogo de legat. 2. num. 16.* con estas palabras; *ad legatum factum vni de pluribus admittuntur solummodo illi qui reperiuntur vivere eo tempore quo deficit facultas, seu potestas eligendi.* Tonduti, *quæst. Civil. lib. 2. cap. 51. num. 26.* ibi: *Præterea regula in principio huius capitis proposita quod electio potest fieri de pluribus, locum non habet quando vnus ex eligibilibus superest, ille siquidem solus admittendus est, & cessat eligendi facultas:* Surdo, *cons. 264. num. 32.* ibi: *Sed si nulla facta esset electio, succederent aliæ filiæ superstites, &c.* Y assi se consumiò, y extinguiò la eleccion con la muerte de Don Melchor Cruillas, porque esta solo pudo tener lugar si al tiempo se hallaran muchos en que poderse hazer: luego si la dicha Doña Vicenta Sanz sobreviviera tempore habili de elegir, solo pudiera hazer la eleccion en Don Onofre sobreviviente, cum de alijs eligendi potestas non fuerit.

49 Consiguientemente muerta la dicha Doña Vicenta Sanz sin poder elegir, solo se puede, y deve admitir Don Onofre Cruillas mi parte, en caso de sobrevivir, por las reglas dichas, que no hecha la eleccion sucedan tan solamente aquellos sobrevivientes que podian ser elegidos, los quales tenian llamamiento ad minus condicional por el testador, fundadas en la *l. cum pater 77. §. hæreditatem 4. de legatis. 2.* ibi: *Viriles autem inter eos fieri qui eo*

tem-

tempore vixerint; y assi Don Onofre si sobreviviere tempore delatæ succelsionis.

FVNDAMENTO III.

FVNDADO EN LA VOCACION ESPECIAL, y literal que tiene à su favor Don Onofre.

50 EL tercer fundamento que asiste à mi parte es, que la dicha Doña Vicenta Cruillas parte otra, solo podia pretender en fuerça de aquellas palabras que se hallan en la referida clausula: *Y assi se sigua de unos hijos en otros de la dicha hija mayor del dicho Don Onofre Sanz de la Lloza, y decendientes de aquellos, in perpetuum, guardando en todo tiempo el orden de poder nombrar entre aquellos en el modo sobredicho sin detraccion, &c. Y con la misma facultad de poder nombrar como està dicho arriba.*

51 Y no en virtud de las referidas palabras antecedentes en que se le dà facultad à la dicha Doña Vicenta Sanz madre, y abuela respectivè, de poder nombrar *à uno de sus hijos varones*; y concurriendo à la succession Don Onofre mi parte, hijo de la dicha Doña Vicenta; y la dicha Doña Vicenta Cruillas llamada en la palabra *decendientes*, es preferido el dicho Don Onofre por las raçones que se siguen.

52 La primera razon es, que la dicha Doña Vicenta no puede suceder en fuerça de la primer disposicion en que se dà facultad à la dicha Doña Vicenta Sanz de disponer entre sus hijos varones, porque aunque aya opinion que sienta, que en nombre de hijos se comprehendan los nietos *maximè in maioratibus ex tex. in l. filij appellatione* 84. *l. iusta* 201. *l. liberorum* 220. §. *sed. & papirius de verbor. significat.* Grasus, *recept. sententiar.* §. *fideicommissum num.* 5. Mieres *de maioratu par.* 1. *quæst.* 15. *num.* 4. Robles, *de representatione, lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 23. *& lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 8. Castill. Sotom. *quotid. contro. tom.* 5. *cap.* 66. *num.* 31. *& cap.* 92. *num.* 36. *cum seqq.* Ramon. *consf.* 15. *num.* 69. Fusar. *quæst.* 319. *num.* 1. *cum seqq.*

53 Pero esto no puede proceder quando el hijo fue

llamado en el mayorazgo con alguna calidad que no se verifica en la nieta, aun quando essa no sea de masculinidad, sino quando se dize *cum hac qualitate filius ditior, pulcrior, fortior, nobilior, ex quo ista qualitas deficit in nepote non comprehenditur filij appellatione, l. fin. C. de naturalibus liberis*, vbi Bart. *in d. l. liberorum vers. item prædicta vera*, Bald. *in l. quisquis, C. ad S. Iuliam Maiestatis*, Alex. *cons.* 123. & cum Decio, Grab. Capic. y otros, Capicio Galeot. *contro. lib.* 1. *contro.* 48. *num.* 16.

54 Y en propios terminos de nuestro caso quod vocato filio masculo, si is moritur relicta filia, *non intraret representatio, quia qualitas masculinitatis non est representabilis, quamvis gradus sit talis*, siente Fontanella post Gramat. Castill. Sotom. Molin. Ant. de Amat. & alios, *decis.* 584. *num.* 20. *& seqq.* Atqui, en nuestro caso el vinculador dispuso, que Doña Vicenta Sanz su nieta sucediera con facultad de disponer entre vno de sus hijos varones: luego aviendo premuerto Don Melchor de Cruillas su hijo, aunque en nombre de hijos pudiera venir su hija Doña Vicenta Cruillas parte otra, en el presente caso no pudieran tener lugar las dichas dotrinas, porque la calidad de masculinidad no se puede representar por la dicha hembra.

55 Y aprieta mas esta limitacion Paz de Tenuta, *cap.* 34. *num.* 114. *&* 115. *vbi adnotavit quod si facultas esset data eligendi vnum ex filijs, nec additum esset, vel filiabus, tunc si duo, aut plures filij masculi extarent, item, & sorores, vnus ex filijs masculis præcisè* à commissario eligi deberet, *nec filia fæmina eligi posset*, & reddit rationem, *quia filia, quamvis alias veniat filij appellatione non tamen admittitur; quando materia strictam recipit interpretationem*, como esta.

56 En segundo lugar adhuc, que el dicho vinculador huviera dispuesto en el dicho mayorazgo de eleccion, dando facultad à la dicha Doña Vicenta Sanz su nieta, de disponer entre sus hijos sin añadir la calidad *de varones*, la dicha extension, que en nombre de hijo se comprehende el nieto, ò la nieta no tuviera lugar en dicho caso; porque la palabra hijos, y vocacion de aquellos es especial, y apelativa, vt tradit Ruin, *cons.* 163. *num. lib.* 3. Me-

3 Menoch.*conf.*200. *num.* 1. *&* 9. *lib.* 2. *& proinde non venit in hac filij appellatione nepos*, §. *fin. instit. qui testamento tutores dari possunt*, idque inspecta proprietate sermonis secundum Bart. Menoch. & alios quos refert, & sequitur Capicius Galeot. *contro. lib.* 1. *contro.* 48. *num.* 10. *& seqq.* Sesè, *decis.* 63. *num.* 101. *tom.* 1.

57 En tercer lugar no procede la referida dotrina que en nombre de hijos se podian comprehender los nietos, aunque no se hallàra la palabra de masculinidad; porque en nuestro caso la facultad concedida à la dicha Doña Vicenta Sanz era de elegir, y nombrar à vno de los hijos varones de aquella, ibi: *Que puixa nomenar aquella à hù dels fills mascles de aquella, &c.* Y quando estàn llamados los hijos con la calidad de mios, ò de suyos, ò de cierta persona nomine filiorum, vel filiarum, no se comprehenden los nietos, ò nietas *ex tex. in l. cum pater* 77. §. *hæreditatem* 4. *de legat.* 2. donde los nietos no fueron comprehendidos filiorum nomine, porque la substitucion fue hecha *non de filijs simpliciter*, *sed de filijs suis vt in specie*, docuit Socin. Senior. *in l. Gallus*, §. *instituhens*, *num.* 5. *de liber. & posthum.* donde declarando el texto *in d.* §. *hæreditatem*, observa elegantemente, *quod licet nepotes dicantur absolutè filij*, *& filiorum appellatione comprehendantur*; *non tamen dicuntur filij talis puta Titij.* Y se prueva tambien ex *tex. in l. filius à Patre* 28. §. *si quis ex certa*, *ff. de liber. & posthum.* per quem ita tenuit Bart. *in d. l. Gallus*, §. *instituens nu.* 2. *vers. non obstat*, *ff. eodem.* Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 93. *num.* 4. *cons.* 215. *num.* 51. *cum seqq. cons.* 315. *num.* 21. *cum seqq. & cons.* 328. *num.* 14. *&* 15. Surd. *de alimentis*, *d. tit.* 9. *quæst.* 36. *num.* 17. *& d. cons.* 403. *num.* 24. Castill. *d. cap.* 92. *num.* 30. *& nu.* 46. *vers. nec repugnat*, Gratian. *cap.* 648. *num.* 3. *tom* 4. *& cap.* 847. *num.* 8. *tom.* 5. Addent. ad Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 28. *&* 29. *vers. sed superior conclus.* Rustic. *dict. lib.* 6. *cap.* 12. *num.* 12. Gasanat. *cons.* 58. *num.* 10. el señor Regente Leon, *decis.* 60. *num.* 43. *tom.* 1. Larrea, *decis.* 54. *num.* 24. *tom.* 2. Merlin. *decis.* 460. *num.* 8. *tom.* 1. Carena, *resol.* 103. *num.* 15. Ganaverro, *d. cons.* 1. *num.* 31. *&* 70. *& in respons. post. d. cons. num.* 5. *&* 6.

58 En quarto lugar en nombre de hijos de la dicha

Doña

Doña Vicenta aunque no se añadiera la calidad de varones, no se podian comprehender los nietos; porque en la dicha disposicion en primer lugar la dicha facultad de nombrar se termina à los hijos varones de la dicha Doña Vicenta, y despues se continua en los hijos de vnos en otros de la misma: y concluye, que lo mismo se observe en los decendientes de aquellos in perpetuum, guardando todo tiempo el orden de poder nombrar en la forma dicha; y en este caso, *quia testator meminit de filijs, & descendentibus, quia nepotes propriè continentur sub nomine descendentium, & liberorum ad tex. in l. liberorum de verbor. signific. eo casu filiorum nomen non extenditur ad nepotes, quia vbi veritas occurrit, non occurritur ad fictionem*, y por otras muchas razones ita in specie, lo resuelven Ruin. *cons.* 127. *num.* 3. & 163. *nu.* 10. *lib.* 3. Decian. *cons.* 44. *num.* 12. *lib.* 3. Peregr. *cons.* 65. *num.* 21.

59 En quinto lugar; porque entonces los nietos, ò nietas por interpretacion, ò conjetura pueden juzgarse comprehendidos en la disposicion à favor de los hijos, ò hijas, para que sucedan, y tenga en ellos efeto la vocacion, es preciso no existan hijos, ò hijas en quien aquella puede propiamente verificarse, porque existiendo, de ninguna manera pueden entrar los nietos, ò nietas, Menoch. *cons.* 215. *num.* 38. *cum seqq.* Sessè, *decis.* 63. *nu.* 98. Surd. *de aliment. tit.* 9. *quæst.* 36. *num.* 19. *cum seqq.* & *cons.* 403. *num.* 19. & 21. Castill. Sotom. *quotid. contro. lib.* 5. *cap.* 92. *num.* 31. Rustic. *ad l. cum Avus, lib.* 6. *cap.* 12. *num.* 12. *vers.* 3. & *cap.* 13. *num.* 25. Casanat. *cons.* 34. *num.* 11. & *cons.* 58. *num.* 2. 6. 14. *y* 15. Addent. ad Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 28. & 29. *vers. tertio fallit*, Robles, *de representatione, lib.* 3. *cap.* 14. *nu.* 17. Merlin. *decis.* 460. *num.* 5. & 6. *tom.* 1. Farinac. *decis.* 507. *part.* 2. *num.* 11. ibi: *Denique nepotes veniunt hic in concursu cum filiabus ex propria persona, & extantibus personis propriè sub nomine filiorum comprehensis, facienda non erit ad nepotes extentio.*

60 Y assi los nietos jamàs se comprehenden appellatione filiorum etiam ex coniecturis, quando se seguiria la exclusion de los mismos hijos, Sessè, *decis.* 53. *num.* 12. & *decis.* 63. *num.* 85. & 108. Menoch. *d. cons.* 215. *num.*

num. 38. *cum seqq.* Casanate, *cons.* 58. *num.* 16. Ni quando su comprehension causara algun perjuizio à los hijos, Surd. *cons.* 403. *num.* 38. Casanat. *cons.* 58. *nu.* 17. Robres *de representat. d. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 18.

61 Y los Dotores que admiten la comprehension del nieto, *appellatione filij*, quando la disposicion està conferida in certum, & futurum eventum, hablan en terminos de no existir hijo al tiempo de diferirse la succession, y se fundan en que en este caso no puede saber el testador si en dicho tiempo se hallarian hijos, ò nietos; y que assi se presume aver entendido tambien de estos, *ne aliàs* no tuviesse efeto su disposicion, si tan solamente extassen nietos, vt per Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 93. *num.* 31. Surd. *de aliment. d. tit.* 9. *quæst.* 36. *nu.* 35. Rusticis, *d. lib.* 6. *cap.* 12. *nu.* 4. Fusar. *de substit. quæst.* 320. *num.* 15. *&* 16. Sessè, *decis.* 63. *num.* 45. *y* 88.

62 Las quales dotrinas proceden en materia de mayorazgos, y fideicomissos perpetuos, Surd. *cons.* 403. *num.* 21. ibi: *Tamen illi omnes loquntur nè extinguatur, vel finiatur dispositionis effectus, sicuti extingueretur, & non esset perpetua, si mortuis filijs non admitterentur nepotes; sed in præsenti facto non agimus de excludendo nepotes; à dispositione, nec de ipsa dispositione restringenda ad solos filios, sed quærimus quando filius, & nepos concurrunt ad succesionem, quis præferatur; & hoc casu cessant omnes illæ considerationes, quibus Doctores aliquando moventur ad dicendum quod nepos venit appellatione filij; hi in dictis casibus numquam dicunt quod excluso filio nepos admittatur; si tamen filius fuerit sub hoc nomine vocatus, quia nihil aliud esset, quam omissa veritate vmbram sectari, & nec lecta proprietate vocabuli ad coniecturas se vertere.* Barbosa, *appellat.* 99. *num.* 91. *&* 92. Castill. Sotom. *d. cap.* 92. *num.* 22. Casanat. *d. cons.* 58. *num.* 42.

63 En sexto lugar la dicha dotrina que en nombre de hijos se comprehendieran los nietos, eo se extendiera à aquellos, solò procede en caso de concurrrir algunas congeturas que ponderan los Dotores, y la mas singular es, quando la disposicion condicional collata in futurum eventum in quo erit verisimiliter dubium an filij, vel nepotes vlterius vè supersint, como pondera el Señor Casanat. *cons.* 58. *num.* 37.

 64 Y

64 Y en el num. 38. responde, que la dicha conjetura no se verifica en el caso en que nos hallamos, que Doña Vicenta Sanz fue gravada de restituir los bienes, y herencia de que se trata à vno de sus hijos por ser contra expresso *tex. in l. cum Pater*, §. *hæreditatem de legat.* 2. in illis verbis: *Cum de alijs eligendi potestas non fuerat*, en donde el hijo fue rogado de restituir la herencia *filijs, vel vni ex eis quem eligeret; & sic non fuit dispositio in filios collatu de præsenti: & tamen deciditur filium institutum non habere facultatem eligendi nepotes. Vnde ibi est casus apertus contra prædictam coniecturam*; vt bene ponderant Romonus, Socin. Menoch. Alciatus, & alij plures.

65 Y el dicho Casanate en el numero 40. prosigue, que no solo no tiene lugar la dicha conjetura por ser cõtra dicho texto; sino tambien, porque los nietos ni eran nacidos, nec tempore testamenti, nec tempore mortis testatoris: y concluye en el numero siguiente, que aunque segun la opinion de algunos basta que estèn nacidos el tiempo de venir la condicion del caso de elegir; *tamen in hoc vera distinctio est, quod vbi tempore verificatæ conditionis soli extent nepotes, tunc sit disputabilis illa coniectura dispositionis collatæ in futurum eventum; secus vero quando tempore purificatæ conditionis reperiuntur aliqui qui erant nati, & concepti tempore testamenti, vel mortis testatoris, & etiam postea nati, & concepti, tunc enim cessat omnis disputatio, & contrarietas doctorum. Præferuntur enim indubitanter, & prius admitti debent, qui erant nati vivo testatore, ex quo isti erant magis dilecti tanquam cogniti quantumvis dispositio in futuram eventum conferatur, pro vt ex tex. in l. cum ita*, §. *in fideicommisso de legat.* 2. deducit hanc concordiam multum extollens Curtius Iun. *cons.* 57. *num.* 12. *cons.* 58. *num.* 3. Ruin. *cons.* 2. *num.* 9. *lib.* 2. & pulcram distinctionem appellans Riminald. Iun. *cons.* 75. *num.* 39. Alex. Decius, Surd. Mantic. Roland. Menoch. y otros ibi citados. Y por el processo que se lleva entre dichas partes, fol. Consta como al tiempo que el vinculador hizo dicho vinculo, y mayorazgo, ya era nacido Don Melchor Cruillas, y al tiempo de su muerte lo era tambien Don Onofre mi parte.

66 De

66 De todo lo qual se sigue con toda evidencia; que adhuc, que Doña Vicenta Cruillas parte otra, fuera hijo varon de Don Melchor Cruillas, esta nunca podia tener llamamiento en aquellas palabras que en caso de faltar la linea masculina de los hijos del vinculador, *venga la dicha herencia à la hija mayor de Don Onofre Sanz*, que entonces yà nacida era la dicha Doña Vicenta Sanz, dandole facultad de nombrar aquella à vno de sus hijos varones, sino es en la siguiente clausula; *y assi se sigua de vnos hijos en otros de la dicha hija mayor del dicho Don Onofre Sanz, y decendientes de aquellos, in perpetuum, guardando todo tiempo el orden de poder nombrar entre aquellos en el modo arriba dicho*, porque en la palabra decendientes, se comprehenden tanto varones, como hembras, *in infinitum, l. libererum* 220. *cum vulgat. de verbor. significat.*

67 De donde se infiere, que verificandose en Don Onofre Cruillas las palabras de la substitució de la clausula primera (en que fenecen las lineas agnaticias) en su propia, y especial significacion; aunque les concediessemos, que segun la menos propia, y general significacion se convenieran à la parte otra, avia de ser preferido dicho Don Onofre, segun la dotrina comun de los Dotores, que siempre en las succesiones testamentarias, y fideicomissos, los que estàn especialmente, & nominatim, llamados aunque sean mas remotos, se prefieren à los que no tienen la misma vocacion, sino otra mas general, *l. cum ita* 32. §. *in fideicommisso de legat.* 2. ibi: *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, & post eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint*, & ibi: *Et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit*, *l. hæredes mei* 57. §. *fin. ad Trebell.* Castill. Sotom. *quotid. contro. tom.* 5. *cap.* 92. *num.* 33. *& cap.* 93. *num.* 17. *& tom.* 6. *cap.* 166. *num.* 26. Molin. *de Hispaniar. primog. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 32. *&* 33. *vbi eius additionator, nu.* 38. Fusar. *de substit. quæst.* 359. *num.* 1. Valenz. *cons.* 63. *num.* 108. *y* 109. *tom.* 1. Barbat. *de fideicom. part.* 1. *per tot. & cap.* 2. *num.* 17. Excelentissimus Dominus Crespì, *observat.* 22. *nu.* 101. *y* 103.

68 Lo

68 Lo qual tiene lugar en terminos de nuestro caso, de que primero tienen vocacion los hijos, y despues los decendientes de la hija mayor de Don Onofre Sanz, ita Castill. *d.cap.cap.* 93. *num.* 17. *vers.cæterum*, ibi: *Præferri, quoque debeant specialiter nominati, non modo si nomine proprio singulari, & individuo nominentur; sed etiam si nomine appellativo, aut etiam generali, idque arg. l.* 2. *de liber. & posthum.* & tradiderunt Alex. Socin. & alij citati, & Menoch. *cons.* 200. *num.* 20. *y* 23. *lib.* 2. ibi: *Id circo si testator vocaverit fratres, & familiam, aut filios, & familiam admitti, prius debent ad fideicommißum fratres, quàm cæteri de familia; quia licet fratres, aut filij non fuerint nominati nomine proprio, sed appellativo, aut collectivo, habent tamen magis specialem nominationem, quam cæteri*, comprobat late Barbat. *de fideicom. part.* 1. *cap.* 2. *num.* 17.

69 Larrea, *decis.* 54. *num.* 16. ibi: *Rursus, quia filia primogeniti exprefsè substituta in defectum filiorum masculorum ex filiabus testatoris; & alter nepos ex filia scilicet Ioannis: solam generali descendentium substitutione interpretativè intendit admitti, & nominatus in specie, licet, & posterior in gradu nominatis in genere, quamvis priore loco præfertur, arg. l. in plurium de adquirenda hæreditate*, Cavalcan. *decis.* 28. *num.* 108. pluribus Mantic. *de coniecturis vltimarum volunt. lib.* 12. *tit.* 17. *num.* 18. & ibi: *Et cum Ioannes solum intendat succedere ex clausulæ extentione, quasi substituta eius Avia, & illius filio masculo, & descendentibus vocatis ille debet admitti, & ita ex dubia, & contentiosa substitutione merito ei præferendus potius, qui filius est, filiæ primogeniti, quæ exprefsè substituta.*

70 Y en propios terminos, que llamados los hijos, y decendientes, los hijos en la propia significacion; quia sunt specialiter nominati, son preferidos siente latamente Fusar. *de substit. quæst.* 359. en donde es fuerça esta dotrina aun en diferentes casos de mayor dificultad, que puede hallarse en el nuestro; y en el numero 7. dize, que no solo tienen prelacion los nombrados *specialiter nomine proprio expresso, sed etiam locum habet quando nomine appellativo sunt vocati, & alij nomine collectivo, nam hi*

præ-

præferuntur vocatis nomine collectivo, vt si testator substituit filios, & descendentes; nam filij prius nomine appellativo vocati, erunt admittendi, & postea descendentes nominati sub nomine collectivo, Angel. Ruin. Dec. Curtius, Parif. & alijs Peregr. *de fideicom. art. 21. num. 45.*

71 Y que los hijos se diferencian à *liberis, sive descendentibus; & quod vocati sub nomine filiorum dicantur specialiter vocati, qui vero sub nomine liberorum dicuntur vocati in genere,* y que el nombre *liberorum,* ò *descendentium est collectivum, filiorum vero appellativum, quod excludit nepotes,* es dotrina Ludo. Bell. *conf. 88. nu. 9. & 12.* Peregrin. *de fideicom. art. 19. num. 25. verf. Vlterius autem, & num. 22. & conf. 65. num.* 17. en donde explica la diferencia que ay de la vocacion individua especial, y generica, *conf. 40. num. 28. & 29. vol. 6.* à los quales sigue Francifco Tondut. *quæst. & resol. Civil. lib. 2. cap. 51. num. 16. & seqq.*

72 Y prosiguiendo en el numero 24. en terminos de eleccion num. 24. ibi: *Cæterum quod superius dictum est, data facultate eligendi liberos, eligi posse nepotes; non procedit quando disponens discretivè loqutus est de liberis, & de nepotibus, &c. tunc enim, quia alio modo loqutus est de liberis primi gradus, quàm de liberis vlterioris, electio, vel restitutio liberis facienda non comprehendit liberos liberorum, seu nepotes disponentis,* Cavaler. *decif. 465. num. 2.* Menoch *conf. 328. num. 8. 9. 10.* Surdo, *conf. 574. num. 6. Idea electio de persona nepotum, hoc casu nulla erit tanquam facta contra voluntatem disponentis,* Sefsè, *decif. 53. in 2. dubio à num. 8. vsque ad finem, & decif. 164. per totam maximè num. 110. & 112.*

73 Luego en la dicha claufula de nuestro testamento, en que el vinculador despues de la linea masculina, llama à la hija mayor del dicho Don Onofre Sanz primer heredero, siendo viva, dandole facultad afsi mifmo de poder nombrar à vno de sus hijos varones, como se ha dicho, y afsi se sigua de vnos hijos en otros de la dicha hija mayor, y decendientes de aquellos in perpetuum; deven tener prelacion los hijos de la dicha Doña Vicenta Sanz en primer grado, por estar nombrados specialiter, à los nietos de aquella, como llamados en la claufula ge-

H neral,

neral, y colectiva de los decendientes.

74 En la dicha conformidad que los que tienen vocacion especial, tienen prelacion à los que la pretendan general, y presumpta se declarò en esta Real Audiencia à favor de Don Iosef Artès, y Muñoz, contra la Egregia Condesa de Peñalva: y en el pleyto de Llaurì à favor de Don Bartolome de Marradas Conde de Sallent, contra Don Melchor de Navarra, Don Gaspar Mercader, y el Egregio Conde de Cervellon como marido de Doña Ana Vives, y en otros muchos pleytos como en el vinculo de los Solers, &c.

FVNDAMENTO IV.

FVNDADO EN EL ORDEN DE ESCRItura, y predileccion del vinculador.

75 A Lo dicho se acrece, que los hijos en primer grado de la dicha Doña Vicenta Sanz (de quien oy queda tan solamente mi parte) in ordine scripturæ, es primero que los decendientes llamados, y es cierto en materia de elecciones que se ha de guardar el orden de la escritura, como lo prueva el Iurisconsulto Papiniano en la *l. cum Pater* 77. §. *à te peto* 32. *de legat.* 2. ibi: *Non esse datam electionem, sed ordinem scripturæ, factum substitutioni respondi*, lo mismo el Iurisconsulto en la *l. Peto* 69. §. 3. *de legat.* 2. *ff. eodem*, y siente la Glossa en la *l. hæredes mei* 57. §. *fin. ad Senatus Consult. Trebell.*

76 Tambien se confirma del texto *in l. quoties, ff. de vsufructu, l. qui solvendo, ff. de hæredibus instituendis*, Ant. Peregr. *cons.* 6. *num.* 11. *nam ordo scripturæ arguit prælationem, & præcedentiam*, idem Peregr. *cons.* 84. *nu.* 15. Casanat. *cons.* 57. *num.* 82. cum Bald. Abbat. Decian. & alijs, & ordo verborum describit ordinem intellectus Castill. Sotom. *quotid. contro. lib.* 2. *cap.* 26. *num.* 31. y el argumento ab ordine scripturæ, le tiene por eficaz, Fontanell. *de pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 9. *part.* 3. *nu.* 21. Paz de Tenuta, *cap.* 34. *num.* 99. & *num.* 101. en terminos

de

de eleccion, y quien mas latamente siente con muchos ex ordine scripturæ, sive verborum prolatorum argui prælationem, & maiorem dilectionem, & designari ordinem prioris denominationis voluntatis, charitatis, affectionis, & prædilectionis ex citatis iuribus es Castill. Sotom. *lib. 4. quotid. cap. 51. per tot. & num. 10. ad rem*, hablando en terminos de que los llamados specialiter tienen prelacion à los demas: Luego el dicho Don Onofre que tiene à su favor el dicho orden de escritura, deve tener prelacion à la dicha Doña Vicenta llamada despues como à decendiente de Doña Vicenta Sanz, madre de mi parte.

77 Mayormente quando el orden de los dichos llamados es entre hijos, y decendientes de la dicha Doña Vicenta Sanz, en el qual caso aunque sean llamados per copulam, tunc censentur instituti ordine successivo, Cancer, *variar. resol. lib. 1. cap. 1. de substitut. num.* 103. y por inspeccion del dicho vinculo, y fideicomisso, consta, que la voluntad del testador fue, que en primer lugar sucediessen los hijos en primer grado de Doña Vicenta Sanz, y despues los decendientes por su orden, y eleccion, porque lo mismo es dezir de vnos en otros hijos, y decendientes, que de gradu, in gradũ, Fontanell. *de pact. nuptia. claus. 4. glos. 9. par. 3. num. 22. & maior affectio, & dilectio habetur, ad eos qui sunt nati, & cogniti tempore factæ dispositionis, quam ad eos, qui nec nati sunt nec cognati*, vt ex alijs probarunt Mieres *de maioratu 2. p. quæst. 6. num. 16.* Mascard. *de probat. tom. 1. conclu. 67. num. 5. & 6.* y se prueva del tex. *in l. alumnos, ff. de manumisis vindicta*, ibi: *In quo instituendo propentiorem animam habuit*; y en nuestro caso los hijos de Doña Vicenta Sanz fueron conocidos por el testador, porque nacieron viviendo aquel, y no la dicha Doña Vicenta Cruillas nieta.

FVN-

FVNDAMENTO V.

FVNDADO EN QVE AVNQVE SOBREviviera Doña Vicenta Sanz no podia elegir à Doña Vicenta Cruillas su nieta, hallandose hijo de la misma.

78 La quinta razon juridica que asiste à mi parte es, que en el fideicomisso electivo (como se ha dicho) *nulla facta electione omnes eligibiles æqualiter*, solo suceden segun la *l. unum ex familia*, §. *Rogo. l. cum Pater*, §. *hæreditatem*, §. *Rogo de legat. 2. l. cum quidam, ita* §. *idem ait, l. si quis Titio*, §. *fin. eodem*, Roderic. de Suares, *in repetitione legis quoniam in prioribus in declaratione legis Regni, quæst. 5. num.* 1. Tondut. *quæst. Civil. lib. 2. cap.* 51. *nu.* 2. & 4. ibi: *Igitur eo cui electio demandata est non eligente, & mandatum non exequente, lex ipsa elegit, & admittit omnes eligibiles tempore, & forma per testatorem præscripta.* Cyriac. *contro.* 548. *nu.* 64. Atqui, si viviera la dicha Doña Vicenta Sanz no huviera podido elegir à su nieta, adhuc, en caso que fuera varon: luego non facta electione, solo deve suceder Don Onofre mi parte en quien cabe la eleccion, y no Doña Vicenta Cruillas parte otra, por ser nieta.

79 La menor en que està la dificultad pruevan los textos *in l. hæredes mei* 57. §. *fin. ad Senatus Consult. Trebell.* & *tex. in l. cum Pater* 77. §. *hæreditatem de legat.* 2. Ponderando los quales textos, Casanat. *cons.* 58. *nu.* 25. dize assi: *Igitur necessario fatendum est* (hablando de dichos textos) *fuisse tantum de filijs, vel descendentibus præmortuorum dubitatum, in quibus, & de vi comprehensiva, & de representatione, & de transmissione probabilis poterat cadere dubitandi ratio; qua tamen non obstante decidit Consultus posse filios supervivientes eligi; non vero præmortuorum filios; neque ex vi comprehensiva, neque ex representatione, neque ex transmissione.*

80 Y en el num. 26. pondera las palabras de la dicha *l. cum Pater*, es à saber, in primis illa verba textus: *Cum de alijs eligendi potestas non fuerit.* Las quales presupo-

ponen privacion de elegir à otros; y por consiguiente necessariamente se presupone que la eleccion se deve hazer de aquellos de quibus data fuerit facultas eligendi: Atqui, estos no pudieron ser los estraños herederos: Luego no pudieron ser comprehendidos en la dicha privacion, y assi deve ser de los hijos de los premuertos, ò nietos.

81 En segundo lugar confirman el mismo sentir otras palabras del texto, ibi: *Viriles autem inter eos fieri*, porque si se comprehendieron los nietos, *vel ex vi comprehensiva, vel ex vi representationis veniunt in stirpes non in capita, seu in viriles*, como es cierto: *Vnde cum textus dicat viriles fieri necessario præsuponit, nepotes non contineri, quia non venirent in viriles, vt ex textus supponit, sed in stirpes: ergo apertè excludit textus nepotes, quia vbicumque dispositio vocat filios in viriles, vt in dicto* §. *hæreditatem, tunc, nec representatio admittitur, neque filiorum nomine nepotes veniunt*, vt volunt Socin. Iunior. *cōs*. 30. *num*. 25. *lib*. 3. Mantic. *de coniecturis vltimarum voluntatum, lib*. 8. *tit*. 8. *num*. 10.

82 Lo mismo confirma Casanat. en terminos de nuestro caso *cons*. 59. *num*. 11. en donde despues de aver dicho que en los fideicomissos simples algunas vezes se pueden admitir los nietos; *tamen secus est* (prosigue) *quādo fideicommissum relinquitur in voluntate tertij, vt quia Pater hæres institutus gravetur de restituendo filijs suis, vel vni ex his quem pater ipse voluerit: tunc enim pater ea facultate vtens non poterit nepotibus relinquere, sed filijs præcissè dare cogitur*, ita in terminis terminantibus tradunt Gregor. Lopez. Molin. & Avendaño.

83 Luego si la dicha Doña Vicenta Sanz viviera, no pudiera elegir à la dicha Doña Vicenta Cruillas parte otra, no solo porque le falta la calidad de varon; sino porque tambien le falta la calidad de hija en primer grado, y en su propia, y natural significacion, por ser nieta.

84 Y assi aviendo muerto *electione non facta*, quien deve suceder en dicho vinculo es Don Onofre mi parte, en quien se verifican las dos calidades de filiacion, ita en propios terminos de nuestro caso, Paz de Tenuta, *cap*. 34. *num*. 122. ibi: *Quarto, quia cum à coniuge potestas con-*

cedatur eligendi vnum ex filijs ad maioratum, limitata est ad distribuendum inter eos dumtaxat, & non inter vlteriores descendentes, l. cum Pater, §. hæreditatem, ff. de legat. 2. ibi : *Cum de alijs eligendi potestas non fuerit, hoc est de filijs præmortuorum,* ita interpretantur Imola, Menoch. y prosigue *quod verissimum, &c. si filij supersint &c.* Y concluye el mismo Paz, *d. cap. num. 123. & sequen.* con estas palabras, *quando vero simpliciter datur facultas instituendi maioratum inter filios, securè affirmamus, filio vivente nepotem ei non posse anteponi, & est ratio quia maior affectio consideratur in persona filij, quam in persona nepotis iuxta d. l. cum Pater, §. à te peto, & d. l. hæredes mei §. vlti. ad Senat. Consult. Trebell. & cum Pater committendo electionem inter filios, animum, affectionem, & voluntatem declaraverit; si commissarius nepotem possit eligere non solum mandatum ægrederetur, verum etiam adversus voluntatem ipsius testatoris disponeret.*

85 Y porque esta dotrina no padezca dificultad alguna, darè satisfacion à dos reparos que se ofrecen. El primero es, que el mismo Casanate en el *cons. 58. num. 21.* hablando en terminos de mayorazgo electivo, dize assi: *In maioratu namque propter primogenij perpetui naturam concessa facultate eligendi vnum ex filijs, posset eligi vnus ex nepotibus; verum in fideicommisso concessa facultate eligendi vnum ex filijs non potest eligi nepos ex filio præmortuo,* segun sentir de Molin. *lib. 2. de Hispaniar. primog. cap. 11. nu. 35.* y otros, y por consiguiente siendo la disposicion de que se trata mayorazgo, no se verificaria la dotrina de Casanate.

86 Esta duda tiene diferentes satisfaciones. La primera es, que Molin. en el lugar citado habla en nuestro favor: porque supone, que en concurso de hijo no se puede elegir el nieto; y en estos terminos nos hallamos de existir hijo de la dicha Doña Vicenta Sanz que es mi parte; y assi la question es aviendo premuerto el hijo si se puede elegir el nieto, Castill. *lib. 5. quotid. cap. 66. num. 65.* el qual dize, que si por la perpetuidad del mayorazgo: Y los addicionadores à Molin. en el lugar citado parece que hablan segun la question propuesta en el *vers. in facultatibus autem,* que es caso omnino diferente al nuestro.

87 La segunda satisfacion es que (en caso negado) que la dicha Doña Vicenta pudiera elegir à su nieta Doña Vicenta dexando à mi parte (lo que no pudo ser assi por lo referido, como por no hallarse la calidad de masculinidad) aun en esse caso muerta la dicha Doña Vicenta madre, y abuela respectivè electione non facta, solo sucederia el dicho Don Onofre mas proximo, y no la nieta: porque en los fideicomissos electivos dexados à vno de la familia puede elegirse el mas remoto, y sino elige, solo suceden los mas proximos en el grado, *l. cum ita*, §. *in fideicommiss. l. peto*, §. *fratre de legat.* 2. Surd. *cons.* 29. *to.* 1. *num.* 7. Cancer, *variar. resol. par.* 1. *cap.* 1. *de substit. num.* 116. Fusar. *de substit. quaest.* 358. *ferè per totam*: y la dotrina que dize que todos los eligibles deven suceder se ha de entender en vn mismo grado, Castill. Sotom. *lib.* 2. *quotid. contro. cap.* 26. *num.* 64. y se prueva del texto *in l. peto* 69. §. 3. *vers. quid ergo de legat.* 2. *Vbi si non sunt eiusdem gradus, proximus quisque primo loco videtur invitatus*: *ergo eodem modo*, *adhucque* el nieto en los mayorazgos pudiera ser elegido, no de ahi se sigue, que muerta la dicha Doña Vicenta sin elegir ayan de suceder simul, Don Onofre mi parte, hijo varon de la dicha Doña Vicenta Sanz, y su nieta Doña Vicenta Cruillas parte otra.

88 La segunda duda es, que todas estas dotrinas referidas parece que proceden, en caso de aver sobrevivido Doña Vicenta Sanz, y aver sucedido en dicho mayorazgo, y muerto *electione non facta*: pero no en caso que la dicha Doña Vicenta premuriò antes de poder elegir por no aver sucedido en dichos bienes, y parece que la eleccion solo se le dà en dicho caso, ibi: *Si viva serà*; y por consiguiente no hallãdonos en caso de mayorazgo electivo, sino de mayorazgo ordinario, devia suceder la dicha Doña Vicenta Cruillas, como hija de Don Melchor de Cruillas hijo primogenito.

89 La satisfacion de esta dificultad es clara, la qual es que adhuc en los terminos de nuestro caso, de aver premuerto la dicha Doña Vicenta Sanz sin poder elegir, deve suceder Don Onofre Cruillas, hallandose sobreviviente al vltimo possehedor, que es oy Don Diego Sanz,

por-

porque los Dotores que tratan la question, *quid dicendum si is qui electionem, facere debebat mortuus sit ante factam electionem; an sit admittendus maior natu, vel proximior, vel omnes, vel iudex debeat facere hanc electionem;* comunmente resuelven en terminos de mayorazgo que deve pertenecer *ad maiorem natu ex alijs superstitibus, ex illis in quam, qui erant eiusdemet qualitatis, & inter quos primus meliorans iuserat vnum solum ad eam meliorationem nominari,* ita Don Petrus Peralta, *ad tex. in l. vnum ex familia, §. sed, & si fundum num. 19. fol. mihi 595. &* 596. ibi: *Quia nihilhominus eo non nominante, semper attendi debet maioritas ætatis solum inter superstites, quorum vnus solus deberet per illam nominari, qui tamen nominatus ab eo non fuit, vt pote morte præventus: ad quod moveor ex eo quod notantur;* tradit Aretin. *cons.* 162. *incipit diligenter colum.* 3. y antes del dicho tenet Angel. *cons.* 281.

90 Y assi se declarò en esta Real Audiencia en la causa, y mayorazgo del lugar de Carcer à favor de Doña Ines Cruillas, y de Cucalò, y su hijo Fabian Cessionario, y contra Melchor Cruillas Esllava: y porque el caso, y los motivos de la sentencia son en propios terminos del nuestro, propondrè el pleyto succintamēte, y los motivos, y en lo vltimo se pondrà la disposicion à la letra, y la sentencia por entero.

91 El pleyto como se ha dicho fue entre la dicha Inès Cruillas, y de Cucalò de vna, y Melchor Esllava de otra; la dicha Inès se fundava en que Doña Geronima Benedicta Esllava Señora de Carcer en su vltimo testamento despues de aver dispuesto à favor de su hijo Don Iuan Carròs con vinculo, y condicion, que teniendo hijos legitimos pudiesse hazer eleccion del hijo que aquel quisiesse; en caso de morir sin hijos; dispuso à favor de Simon Pedro Esllava nieto de la dicha testadora, y hijo de Geronima Esllava su hija, y de Mateo Pedro Sagra, con la misma facultad de elegir; y en caso de morir el dicho Simon Pedro Sagra de Esllava sin hijos, quiso que la dicha herencia perteneciesse à los demas hermanos, que fueron Francisco, Enrique, y Geronimo Sagra: y concluye, que assi se siguiesse de vnos en otros en los dichos hijos
de

de Mosen Ximen Perez Sagra, y Doña Geronima su muger, en las quales vltimas clausulas se contenia la vocacion de Doña Maria Geronima hermana, y hija de los dichos respectivè.

92 Y por consiguiente esforçava la dicha Inès, que aviendo muerto Don Iuan Carròs sin hijos, y sucedido en dicha herencia Simon Pedro Sagra Esllava nieto de la testadora, viviendo el qual, y posseyendo los dichos bienes premurieron sus hermanos varones Francisco, Enrique, y Geronimo, y assi mismo Doña Maria Sagra, y Esllava; sobreviviendole al dicho Simon Pedro Sagra Esllava possehedor, dicha Inès Cruillas hija, y por otra parte Melchor Esllava nieto, hijo de Miguel Geronimo Cruillas, que muriò viviendo el dicho Simon Pedro Sagra possehedor; que la dicha Inès (aviendo muerto despues el dicho Simon sin hijos) devia suceder por ser hija en primer grado de la dicha Doña Maria Geronima Sagra hija; y no el dicho Melchor Cruillas nieto; y por quanto el dicho fideicomisso era electiva en la conformidad que lo es el nuestro, se declarò à favor de la dicha Inès con los motivos siguientes, dexando otros que se leen en la misma sentencia.

93 *Et attento quod per mortem eximenij Sagra vltimi possessoris, ac omnium fratrum suorum sine filijs solum superfuerunt filij Mariæ Hieronymæ, quæ etiam dicto Eximenio fratri præmortua electionem sibi à testatrice concessam exercere, non potuit; consequens est ex iuris dispositione Agnetiam filiam, quæ sola super fuit tempore mortis dicti vltimi possessoris iuris ministerio consumpta electione admissam fuisse; præsertim cum, & si ipsa Maria Hieronyma eius mater superfuisset in filios disponere grauata filia in medio existente, in quo dispositio verificatur, & effectum sortiri poterat; nullo modo ad nepotes eligendos facultatem exercere poterat sicque Agnes dictæ Mariæ Hieronymæ filia; admittenda sit, excluso Melchiore Cruillas dicta Agnetiæ nepote ex fratre Michaële, &c.*

94 Y las referidas palabras de la dicha clausula *si viva serà* puestas en la vocaciõ de la dicha Doña Vicenta Sanz, hija mayor del dicho Don Onofre; no altera la

dis-

disposicion electiva, porque con las dichas palabras no añadiò el testador cosa que no sea de la naturaleza de la misma disposicion, *& expressio eorum, quæ insunt ex natura dispositionis, si exprimuntur per eundem modum quo insunt nihil operantur, l. 3. de legat. 1. l. non rectè, C. de fideiussoribus*, Castill. Sotom *quotid. contro. lib. 2. cap. 26. num.* 35. y por consiguiente las dichas palabras, *si viva serà*, no mudan en la sustancia la disposicion, sino que el testador la llamò, para que le sucediera, si aquella viviera lo que era preciso, assi para suceder, como para hazer la eleccion entre sus hijos; y no haziendola, si ambos viviessen, sucediesse el mayor, y sino el superexistente consumpta electione.

FVNDAMENTO VLTIMO.

FVNDADO EN LA MISMA CONTEXtura de la disposicion.

95 ES indubitado principio, que vna parte de testamento declara otra, *l. si servus plurium*, §. *fin. cum ibi notatis de legat.* 1. Casanat. *cons.* 59. *num.* 10. del qual brocardico, Castill. Sotom. *quotid. contro. tom.* 6. *cap.* 160. *num.* 12. dize assi; *& cum vna pars testamenti aliam declaret, sive ex præcedentibus, aut subsequentibus, qualis fuerit testatoris voluntas detegatur, atque declaretur verisimilitèr credi debuit; quod testator; qui in ordine succedendi ad maioratum, & in vocatione speciali, quàm in deffectu, quod commissarius eligeret, fecit, prætulit filium masculum, in alijs etiam, ac in ea in qua electionem commisit, eundem ordinem observari.*

96 Y de la contextura del vinculo del quondam Don Ramon Sanz en lo que dispuso en las primeras vocaciones de los varones por linea masculina, se descubre, y declara con harta evidencia, que en nuestro caso solo deve suceder Don Onofre mi parte, en caso de existir al tiempo de la muerte del vltimo possehedor de este mayorazgo: porque aviendo dispuesto el dicho vinculador que se sucediera entre los dichos varones por linea masculina *iure vinculi electivi*, previno, que en caso de no

aver

aver hecho eleccion, ni nominacion el sucessor en dichos bienes en dicho caso, teniendo vno solo hijo, suceda aquel, y siendo muchos, quede nombrado el hijo mayor varon de varon: y aun en la clausula de la question parece que dispuso lo mismo nuestro vinculador, en donde repite el orden de poder nombrar con el modo sobredicho, el qual induze repeticion, como siente post alios Castill. Sotom. *tom. 6. quotid. contro. cap. 117. num. 28. & natura repetitionis est vt repetat, vel qualitates antecedentes, vel etiam substantiam cum omnibus suis qualitatibus*, vt post Bart. Paris. Socin. & alios Castill. Sotom. *quotid. contro. iuris d. cap. 117. num. 28. vers. 1.* y assi devemos entender que el vinculador hizo la misma prevencion, disponiendo, que el hijo mayor varon sucediesse en caso de no averse hecho la eleccion, y nombramiento.

97 Y no carece de efeto esta prevencion, porque el testador quiso que solo vno sucediesse, assi en caso de eleccion teniendo muchos hijos, como en caso de no hazerse, no teniendo mas que vno suceda aquel; y por consiguiente, que no sucedan muchos, aunque fuessen de vn mismo grado para que los bienes vinculados no se dividieran, sed apud vnum semper conservarentur, vt dicit Imola, *in l. vnum ex familia, § si duos, num. 16. vers. potest dicere*, Molin. *de primog. lib. 2. cap. 4. num. 45. & 54.* Tondut. *quæst. Civil. lib. 2. cap. 51. num. 7.* ibi. *Sed etiam si nulla electio facta sit, non admittuntur omnes vocati, sed vnus tantum.*

98 Y aunque no lo dispusiera en esta vltima clausula en q̃ trata del llamamiento de mi parte, la antecedente en que lo dispone, y previene declara esta como en terminos resuelve Castill. Sotom. *quotid. contro. lib. 2. cap. 26. num. 44.* ibi: *Maximè quando ex alijs scriptis in testamento id constat apertè, vt in casu nostro cōstabat ex alia clausula, qua dictus testator in casum, quo pater non eligeret successoros in maioratu nominavit.*

99 Atqui, en la dicha clausula antecedente previene el testador, que en caso de no hazerse eleccion, sucediesse el hijo mayor varon del dicho Don Onofre, y no teniendo sino vno aquel; y lo mismo dispone respeto de qualquier otro, que huviera sucedido en dicho mayorazgo, es à sa-

à saber, el que se hallaria hijo en primer grado de aquel con las calidades de mayor, y varon, de aquellos vno de los quales devia ser elegido: Luego lo mismo devemos discurrir en esta segunda clausula, que en caso de no aver eleccion por los que la tenian por el testador; y por consiguiente de la dicha Doña Vicenta Sanz madre, y abuela respectivè, quede nombrado aquel que *tempore delatæ successionis*, se halle con las calidades de hijo mayor, y varon, todas las quales concurren en el dicho D. Onofre; verificandose literalmente lo que dispuso el testador, que en caso de no tener sino vn hijo, solo esse sucediesse, lo q̃ se deve entender al tiempo de deferirse el vinculo.

100 Y no solo no lo contradizen aquellas palabras el hijo mayor, sino que antes bien lo persuaden, porque aquellas *omninò excludunt representationem*, porque quãdo se instituye vn mayorazgo, *ad eum qui vocatur non primus genitus*; sino el hijo mayor, es ardua question, *vtrũ Patrus nepoti omnino præferatur, vel è contra*; y en favor del tio sienten Bald. Costa, Alex. Casaneo, Caldas, Peregrin. Menoch. y otros, los quales sigue Capicio Galeot. *contro. lib.* 1. *contro.* 48. *num.* 19.

101 Y en el siguiente da la razon con estas palabras: *Nam quando vocatur filius maior consideratur tantum ætatis perrogativa, quia maior dicitur ille, qui ætate, & natu est maior, cap. maior* 31. *quæst.* 1. *l. si Pater*, §. *vltim. & seqq. de adoptionibus*, Decius, & alij: la qual qualidad, y perrogativa no es transmisible à los herederos, porque es personalissima, y assi concluye à nuestro intento: *Ex quo, & illud sequitur dictam Catharinam filiam dicti Petri filij maioris prædefuncti, non posse assumere locum Patris prædefuncti maioris, cum ipsa dicta Catharina non sit maior; pro vt erat eius pater, præsertim cum nullo iure caveatur, vt filius locum patris sub ingrediens ætatis qualitatem representet, quàm maioratus institutor desiderat, licet gradum representet*, vt bene advertit Thom. de Marinis, *lib.* 1. *de feud. tit.* 6. *num.* 23. *& tit.* 11. *num.* 47. *& vbi de ætate fit mentio intelligitur de vera non autem de ficta*, vt in specie docet Milanens. *decis. Sicil.* 9. *num.* 50. *lib.* 1.

102 Luego en nuestro caso, que la dicha Doña Vicenta Sanz premuriò antes de poder elegir; y assi mismo

antes

antes de deferirse la succesión, se halla solo el dicho Don Onofre mi parte; el solo deve suceder, porque en el vnicamente se verifican las calidades de hijo, y mayor. O por mejor dezir se verifica en èl literalmente el no hallarse mas de vn hijo, al tiempo de suceder, en el qual caso previno el testador, que el tal quedara nombrado.

103 A mas que en el tan solamente se halla la calidad de varon, y assi podiamos dezir con Galeot. *d. lib.* 1. *contro.* 48. *num.* 40. *Ex quibus apertè dignoscitur, præfatam D. Vincentiam Cruillas nepotem, iniustissimam fovere causam, cum in ea deficiant qualitates filiationis, masculinitatis, maioris ætatis, in maiorata de quo agimus requisitæ: in D. Onufrij verò persona omnes clarissimè cõveniũt; vt non immeritò fateri opporteat, adeo claram, iurisque principijs consonam esse iustitiam d. D. Onufrij, vt nullo pænitus modo obviari valeat.*

PARTE III. Y VLTIMA.

EN QVE SE DA SOLVCION A LOS ARgumentos contrarios.

104 AL primer argumento, q̃ aviendo premuerto el dicho D. Melchor Cruillas, que tuvo el drecho saltim in spe, que in effectu tuviera si viviera; deven suceder sus hijos, y decendiẽtes, porque el drecho de primogenitura, *non solum consistit in primogenito, sed in tota linea primogeniti.* Se responde, que en materia de mayorazgos se ha de estar à lo dispuesto por el instituidor, sin atender à las prerrogativas de la linea, y grado, ni otras por donde se govierna el mayorazgo, como dize Castill. Sotom. *tom.* 5. *contro. cap.* 91. *num.* 68. *&* 75. *cap.* 92. *num.* 33. *& cap.* 93. *num.* 16. *&* 21. Molin. *de Hispaniar. primog. lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 20. en donde sus addicionadores, Larrea, *decis.* 54. *num.* 20. 22. *&* 26. *tom.* 2. porque la voluntad del testador es la que domina en los testamentos, y se deve guardar como ley, y mas en los fideicomissos, *l. cum quæstio* 22. *in fin. C. de legat. l. in conditionibus* 19. *de conditionibus, & demonstrationibus, l. cum virum* 10. *C. de fideicommissis.* Valenz. *cons.* 97. *nu.* 110. *tom.* 1. Castill.

 d. cap.

d. cap. 92. num. 33. & tom. 6. cap. 144. num. 35. cum seqq. & cap. 181. num. 1. Excellentissimus Dominus Vicecancellarius Crespì, *observat. 22. num. 2. tom. 1.*

105 Y la voluntad de nuestro vinculador no fue constituir, y fundar vn mayorazgo absoluto, primero de rigurosa agnacion, y despues regular; sino con la calidad de electivo, en que no puede dezirse, q̃ dicho D. Melchor Cruillas naciendo adquiriò para si el drecho de suceder, y para sus decendientes; porque solo tenia vocacion conditionalitèr, como se ha ponderado, si fuerit electus, ò si al tiempo de diferirse la succession; y no averse elegido, viviera; y no aviendolo sido, ni pudiẽdolo ser por aver premuerto; y existiendo D. Onofre tẽpore delatæ successionis, este solo deve suceder: por cõcurrir en èl las calidades de hijo de Doña Vicenta, y varon, en la conformidad que se requiere por el dicho vinculador. Demanera, que aunque viviera Doña Vicenta Sanz, no pudiera elegir à su nieta hallandose hijo en primer grado.

106 Porque son ciertos estos principios, que para suceder en los fideicomissos, y mayorazgos *habilitas tempore delatæ successionis consideranda est, l. intervenit 24. de legat. præstand. l. si cognati 19. de reb. dub. l. non oppor- tet 52. de legat. 2. l. omnia 32. §. in fideicommisso, ff. eod.* Molina, *de Hispan. primog. lib. 1. cap. 6. num. 48. & sequentibus, & cap. 13. nu. 36. & seqq.* & vtrobique addentes Castill. Sotom. *lib. 3. cap. 15. num. 3.* & alijs.

107 Y assi mismo es cierto en materia de elecciones, como se ha provado; que si la eleccion ha de ser de dos hijos varones de la eligente, muerto el vno queda consumida, y extincta la eleccion, y solo queda en el sobreviviente; con que aviendo premuerto Don Melchor Cruillas antes de venir el caso de la succession, si Don Onofre Cruillas mi parte sobrevive en el tiempo abil, en que si Doña Vicenta Sanz viviera pudiera elegir, el solo deve suceder; porque en el solo se hallan las dos calidades, de hijo de la dicha, y de varon, con lo qual queda satisfecho al primer argumento: à mas de lo que tiene dicho en el vltimo fundamento.

108 Al segundo argumẽto fundado; en que la clausula de dicho testamento, en que està la dificultad, y se incluyen los llamamientos de mi parte, y pretendido por

la adversa; tendrian vocacion todos los decendientes de la dicha Doña Vicenta Sanz; y por consiguiente Doña Vicenta Cruillas parte otra: mayormente quando aquellas palabras en que se le dà facultad à Doña Vicenta Sanz, hija mayor de Don Onofre Sanz, para poder elegir no induzirian necessidad, sino consejo, y facultad para hazerlo.

109 Se responde, que la dificultad no es, en que los decendientes todos de Doña Vicenta Cruillas en su caso, y lugar no pueden tener vocacion; sino que aquella ha de ser siendo nombrados, y elegidos quando viniere el caso de poderlo ser; ò viviẽdo el mayor, en caso de no hazerse eleccion, como se ha dicho: y segun la voluntad del instituidor en primer lugar, (despues de suceder Doña Vicenta Sanz, madre, y abuela respectivè de los collitigantes) la eleccion avia de ser de los hijos de aquella; y aviendo premuerto antes de suceder el caso de la succession, la dicha Doña Vicẽta, y D. Melchor Cruillas su hijo mayor; si en esse tiẽpo sobrevive D. Onofre mi parte, deve suceder; por ser tan solamente en quien se verifican las palabras *de hijo, y varon*, las quales no se pueden verificar en Doña Vicenta Cruillas parte otra; podiendo dezirse con el Iurisconsulto Papiniano en otra materia *l.* 2. *qui potiores in pignore habeantur*, ibi: *Non tam potior, quam solus invenietur.*

110 Y que las referidas palabras dirigidas à favor de Doña Vicenta Sanz, hija mayor de Don Onofre; en que se le dà facultad assi mismo de poder nombrar, y elegir à vno de sus hijos varones, induzgan necessidad, se ha provado en la parte 2. *fundam.* 1. *nu.* y assi cõsumida, y extinguida la eleccion por muerte de Doña Vicẽta Sanz, y D. Melchor, tan solamente deve suceder D. Onofre mi parte.

111 Al tercer argumento que en nombre de hijos se comprehenden los nietos; se ha respondido cabalmente en los fundamentos que se han ponderado à favor de mi parte: A que se añaden dos cosas. La primera, que adhuc, en mayorazgos en nombre de hijos, no se comprehenden los nietos, quando no se trata de la conservacion de aquel; antes bien su perpetuidad queda salva, sino tan solamente se trata de la prelacion de las personas, ita Castill. Sotomayor, *lib.* 5. *quotid. cap.* 99. *num.* 20. Larrea, *tom.* 2. *de-*

2.*decis.*54. *num.* 13. La segunda es, que ay gran diferencia entre aver llamado al hijo mayor, ò al primogenito; ex quo, el nieto puede entrar en lugar de la primogenitura; pero no ser mayor; porque esta calidad es personalissima del Padre predefuncto, y intransmisible, ita Galeot. *contro. iur. lib.* 1. *contro.* 48. *ferè per totam, & præcipuè num.* 58. A mas de ser el dicho mayorazgo electivo, y no verificarse en la dicha Doña Vicenta Cruillas la calidad de varon, y hallarse vn hijo en primer grado varon, (que es Don Onofre mi parte) en el qual caso es indubitado, que el hijo prefiere al nieto.

112 Por todo lo qual se deve declarar à favor de Don Onofre mi parte, hijo de la quondam Doña Vicenta Sanz, y contra Doña Vicenta Cruillas nieta de la dicha por medio de Don Melchor de Cruillas; en la conformidad que se declarò en el Supremo de Aragon con letras causa videndi, en la Real sentencia que se pone al fin de este papel: Assi lo siento salva semper Regij nostri Senatus censura.

Dotor Isidro Segura Galve
Pavordre de la S. Iglesia
Metropolitana de Valencia.

Imprimatur.
Don Iacobus Madroño,
R. F. A.

REAL SENTENCIA DADA CON LETRAS *causa videndi*, publicada en 7. de Enero 1599. sobre el vinculo instituido por Doña Iuana Geronima Benita Esllava Sagra, y Carròs, Señora del Lugar de Carcer, à favor de Inès Cruillas, y Cucalò, hija de Maria Geronima, contra Melchor Cruillas Esllava, nieto de dicha Maria Geronima, y hija de Miguel Geronimo Cruillas, hijo mayor de dicha Maria Geronima, el qual premuriò antes del vltimo possehedor del vinculo, que era abuelo de mi parte. Ponese solo el motivo principal que haze al caso, con el arbol.



TTENTO quod per mortem Eximenij Sagra vltimi possessoris, ac omnium fratruum suorum sine filijs, solum superfuerunt filij Mariæ Hieronymæ, quæ etiam dicto Eximeneo fratri præmortuo, electionem sibi à tes-

tatrice concessam exercere non potuit; consequens est ex iuris dispositione, Agnetiam, quæ sola supervixit tempore mortis dicti vltimi possessoris, iuris ministerio cõsumpta electione admissam fuisse; præsertim cum, & si ipsa Maria Hieronyma eius mater superfuißet, in filios disponere gravata, filia in medio existente, in qua dispositio verificatur, & effectum sortiri poterat: nullo modo ad nepotes eligendos facultatem extendere potuisset; quo hic Agnes dictæ Mariæ Hieronymæ filia admittẽda sit, excluso Merchore Cruillas, dictæ Agnesiæ nepote, ex fratre Michaele. Neq; obstat representationis ius, quod dictus Melchor nititur ad Michaelis Patris locũ, & gradum ascendendum, vt dicto modo dictam Agnetiam amittam excludat: quoniam huiusmodi repesentatio extantibus supradictis, ac in occurrenti casu ad Agnetiam excludendam secundum veram iuriscensuram procedere, non potest: quorum meritis, & alias insequentes deliberationem, & conclusionem in dicto S. S. C. sumptam, nobisque transmissam pronunciamus, & declaramus, prædictam testatricis hæreditatem, res, & bona, & oppidum de Carcer pertinuisse, & expectasse pertinere, & expectare dictæ Agnetiæ de Esllava; ac per consequens Fabiano eius filio dictæ Agnetis sessionario, eidemque restituenda, & adiudicanda esse, vna cum fructibus præceptis, & qui percipi potuerunt à die mortis dicti Eximini vltimi possessoris: & neutram partem in expensis condemnamus.

GENEALOGIAE GRADVS.

Ioanna Hieronyma Benedicta Sllava Testatrix.

D. Hieronyma Sllava *Filia ex primo matrimonio, Simeonis Petri Sagræ vxor.*

D. Ioannes Carroz *Hæres, filius ex secundo matrimonio, obijt sine filijs.*

D. Ioanna Carroz *Nupta D. Ludouico Vilanoue domino Bicorp. & Quesa.*

Simeon Petrus Sagra *Vlt. possess. obijt sine liberis post fratres suos hærede instituta vxore sua.*

Maria Hieronyma *Vxor Gasparis Cruillas obijt ante vlt. possess.*

Francisc⁹ Henric⁹ Hieronym⁹ *Obierũt sine liberis ante fratrẽ suũ.*

D. Io. Vilanova. *Obijt ante vlt. poss.*

Agnesia Cruillas de Cucalo. *Cessit iura sua Fabio filio* litigante.

Michael Hieronymus Cruyllas. *Obijt ante vltimũ possess.*

D. Ludov. Vilanova *Possidet ex trãsactione facta cum vxore vltimi possess.*

Hieron. Cucalo. *Monachus Dominicanus.*

Fabius Cucalo. *Actor.*

Balthasar Galcerandus *Nunc defunctus, sed viuens tẽpore mortis vltimi possessoris.*

Melchor Sllava y Cruillas litigante.